

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de DERECHO

Oposición política y justicia constitucional

MANUEL FONDEVILA MARÓN

Profesor Agregado Serra Húnter

Universidad de Lleida

Resumen

En las democracias pluralistas actuales, la confrontación partidaria entre mayorías y minorías ha sustituido los pesos y contrapesos en los que se basaba la clásica doctrina de la separación de poderes. Es en el seno de estas donde la justicia constitucional resulta ser un elemento esencial para garantizar el estatus jurídico de la oposición y dotar de racionalidad a todo el ordenamiento jurídico. Ello solo puede conseguirse a través de lo que es su función más característica: el control de constitucionalidad de las leyes. Un análisis del sistema de justicia constitucional español y de la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Constitucional en comparación con otros Estados de nuestro entorno muestra que las minorías han podido contar con un cierto nivel de protección en tanto que ostentaban la condición parlamentaria. La mejora de su estatus requiere la aprobación de un “Derecho de la Oposición” y ampliar la legitimación tanto del conflicto entre órganos constitucionales (incluyendo, como en Alemania a facciones de los mismos) como del recurso de inconstitucionalidad (a las minorías autonómicas).

Palabras clave: *Pluralismo; poderes contramayoritarios; democracia militante; oposición política; Tribunal Constitucional; procesos constitucionales.*

“Political Opposition and Constitutional Justice”

Abstract

In currently pluralist democracies, the party confrontation between majorities and minorities has replaced the checks and balances on which the classic doctrine of the separation of powers was based. It is within these where constitutional justice turns out to be an essential element to guarantee the legal status of the opposition and provide rationality to the entire legal system. This can only be achieved through what is its most characteristic function: the control of the constitutionality of the laws. An analysis of the Spanish constitutional justice system and of the jurisprudence emanating from our Constitutional Court in comparison with other states in our surrounding shows that minorities have been able to count on a certain level of protection as long as they held parliamentary status. The improvement of its status requires the approval of a "Opposition's Law" and broadening the legitimacy of both the conflict between constitutional bodies (including, as in Germany, factions thereof) and the appeal of unconstitutionality (to the autonomous minorities).

Keywords: *Pluralism; countermajoritarian powers; militant democracy; political opposition; Constitutional Court; constitutional processes.*

SUMARIO*: I. Introducción. II. Pluralismo y partidos políticos. III. El Tribunal Constitucional como garante de los derechos de las minorías. IV. Los Tribunales Constitucionales en la era de la contrademocracia. V. Mayorías y minorías en el seno del Tribunal Constitucional. 1. La elección de los magistrados mediante *lottizzazione*. 2. Los votos de los magistrados. VI. Los procesos constitucionales como mecanismo de protección de las minorías políticas. VII. Derecho de la oposición: referencia a la jurisprudencia del TC alemán y El Consejo Constitucional francés. VIII. La oposición en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. IX. Breve referencia a la oposición general. X. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Como ningún profesional de las ciencias constitucionales mínimamente informado desconoce, el mayor reto para la justicia constitucional en la actualidad es afrontar las críticas que desde las corrientes intelectuales denominadas “constitucionalismo político”¹ o “constitucionalismo popular”² se le formulan. Se trata de las versiones más recientes de los planteamientos doctrinales que, prácticamente desde su mismo origen, han mostrado sus recelos respecto de esta institución: recuérdese, a este respecto, que si bien el Tribunal Supremo de los Estados Unidos estableció la *judicial review* en la famosa sentencia *Marbury v. Madison* de 1803, no empezó a aplicarla de manera regular hasta casi un siglo después³, siendo a partir de ese momento, concretamente en la segunda década del siglo XX, cuando en los Estados Unidos surgen las expresiones “gobierno de los jueces” y “aristocracia de la toga”⁴; expresión, esta última, utilizada también por Carl Schmitt⁵ en su célebre controversia con Hans Kelsen acerca de quién ha de ser el defensor de la

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación que lleva por título “El Estatus jurídico-político de la oposición política en las democracias representativas” (PID2020-117154GA-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

¹ Cfr., BELLAMY, R., *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2007, pp. 143 y ss.

² Cfr., KRAMER, L-D., *The people themselves. Popular constitutionalism and judicial review*, New York, 2005, pp. 3-9.

³ Con los casos *Mugler v. Kansas*, de 1887 y *Pollock v. Framer’s Loan & Trust Co.* De 1895 (Cfr., PEGORARO, L Y RINELLA, A. *Derecho constitucional comparado, 4. Sistemas de justicia constitucional*, Buenos Aires, 2020, p. 60).

⁴ Cfr., LAMBERT, E., *El Gobierno de los Jueces*, Madrid, 2010, pp. 13-14.

⁵ Cfr., SCHMITT, C Y KELSEN, H., *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, 2009, p. 280.

Constitución. Tras el horror nazi se produce una segunda etapa de expansión de la justicia constitucional y, en este momento, probablemente por la pérdida de confianza en la infalibilidad de la ley y el papel del Parlamento como garante de derechos⁶, parece haber una mayor aceptación de la justicia constitucional. Pero, tras la enorme expansión de esta a partir de los años 70, resurgen de nuevo las críticas, esta vez en forma de “objección contramayoritaria”⁷, siendo más recientemente las críticas de Jeremy Waldron a la “supremacía judicial”⁸ las que han protagonizado los debates acerca de la justicia constitucional.

No obstante, el objetivo de estas páginas no es, ni mucho menos, revisar y/o refutar tales críticas. Por el contrario, partiendo de la hipótesis de que los tribunales surgieron como instancia de protección de las minorías políticas, siendo por ello un importante instrumento en manos de la oposición para evitar que la mayoría parlamentaria vulnerara sus derechos, se analizará cómo estos órganos han concebido y, en definitiva, protegido, los derechos de estas. La importancia y justificación de este trabajo radica en la tendencia, apreciada recientemente por la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia)⁹ al desmantelamiento de controles y contrapesos a la mayoría parlamentaria. Una tendencia en lo jurídico que ha venido acompañada, en lo político, por una notable falta de oposición¹⁰. Como se comprende fácilmente, esta combinación puede resultar letal en términos de calidad democrática, toda vez que, el principio mayoritario en una democracia carece de valor sin una efectiva protección de las minorías, que es el fundamento de los derechos públicos subjetivos, políticos, y garantías individuales consignados en todas las constituciones de las democracias parlamentarias¹¹. Como esta cuestión, aunque no profusamente, ha sido tratada

⁶ Cfr., ROUSSEAU, D., *La Justicia Constitucional en Europa*, Madrid, 2002, p. 15.

⁷ Cfr., BICKEL, A.-M., *The least dangerous branch. The supreme court at the bar of politics*, 2ª edición. New Haven and London, 1986, p. 16. Un término muy poco acertado ya que, como sostiene Friedman (Cfr., FRIEDMAN, B. “Constitucionalismo popular mediado”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 6-1, 2005, pp. 123-160), los jueces tienden, por lo general, a adecuar sus resoluciones a la voluntad popular, y que los ciudadanos, por lo general, están de acuerdo con las decisiones judiciales, respetándolas, en todo caso, aun cuando no coinciden con ellas.

⁸ Vid., WALDRON, J., *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los Tribunales*, Buenos Aires, 2018, pp. 125 y ss.

⁹ Vid., Opinión nº 845/2016, de 24 de junio de 2019 [CDL-AD(2019)015]

¹⁰ Cfr., PASQUINO, G., *La oposición*, Madrid, 1998, p. 81.

¹¹ KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia. Forma de estado y filosofía*, México, 2015, p. 83.

previamente por la doctrina¹², aquí se tratará de ofrecer algunos argumentos nuevos y actuales en clave comparada.

Para tales propósitos este trabajo se divide en ocho epígrafes centrales: los cinco primeros constituyen lo que podría considerarse el marco teórico de esta investigación, tratando de precisarse en ellos, mediante un estudio de la doctrina más relevante al respecto, los fundamentos de la justicia constitucional como instancia de protección de las minorías políticas y, también, sociales, mientras los tres últimos, por su parte, profundizan en la relación entre ambos conceptos con un análisis de la jurisprudencia de varios tribunales constitucionales así como una reflexión acerca de la idoneidad de los distintos procesos constitucionales, tal y como están configurados, para la protección de las minorías.

II. PLURALISMO Y PARTIDOS POLÍTICOS

Nuestra Constitución recoge, en su art. 1.1, el pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico. De este modo, expresa que nuestro régimen político aspira a enmarcarse dentro de lo que, usando la terminología de Georges Burdeau, cabe denominar “democracia pluralista”. Las democracias pluralistas son características de comienzos del siglo XX, pues para que pudieran darse, hubo de darse dos circunstancias: por un lado, un cambio en los partidos políticos, que evolucionaron hasta convertirse en organizaciones de masas, muy bien organizadas y disciplinadas¹³; por otro, la evolución de los regímenes representativos en parlamentarios, donde los diputados no representan a toda la nación, sino al partido que los ha elegido y existe un mayor control sobre los mismos¹⁴. Se produce con ello un cambio fundamental, pasando de asimilarse la voluntad popular con la voluntad de los representantes a ser estos canalizadores de la voluntad del pueblo que, en este tipo de democracias, deriva de una sociedad diversificada, donde los distintos intereses y posiciones chocan y se entrecruzan, reservando, asimismo, un

¹² Cabe ahora destacar, sin ánimo de exhaustividad, las monografías del profesor Montilla (Vid., MONTILLA MARTOS, J-A., *Minoría política y tribunal constitucional*, Madrid, 2002) y de Fernández-Fonoteca (Vid., FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, M., *Teoría y jurisprudencia parlamentaria. Un estudio de teoría y jurisprudencia constitucional sobre el parlamento*, Madrid, 2012), así como, al menos, los artículos de Requejo (Vid., REQUEJO RODRÍGUEZ, P., “La protección de las minorías parlamentarias ante la jurisdicción constitucional”, *Debates Constitucionales*, 1, 1999, pp. 1-32), Gómez Corona (Vid., GÓMEZ CORONA, E., “El control parlamentario en la jurisprudencia constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 19, 2007, pp. 365-396) y Nieto (Vid., NIETO JIMÉNEZ, J-C., “Los derechos de las minorías parlamentarias en el procedimiento legislativo. Análisis del *ius in officium* en la tramitación de las «leyes de desconexión» de Cataluña”. *Estudios de Deusto*, 67/1, 2019, pp. 291-314).

¹³ Cfr., MICHELS, R., *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la Democracia moderna*, Buenos Aires, 2017, pp. 88 y ss.

¹⁴ Cfr., CARRE DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, México, 1998, p. 1054 y ss.

importante grado de autonomía individual a cada persona¹⁵. El poder se ejerce de manera abierta, lo que significa admitir la pluralidad de partidos políticos y, también, comprender el ejercicio de la oposición no como meramente tolerable sino, precisamente, como necesaria¹⁶.

Obviamente, el pluralismo no se agota en el pluripartidismo, sino que impregna toda la Constitución de 1978, estableciendo el Tribunal Constitucional que sobre él se asienta todo el Estado democrático¹⁷, pues es requisito de funcionamiento del mismo¹⁸ y dota al sistema de capacidad evolutiva¹⁹. Son muchas las manifestaciones del mismo que se desprenden de su articulado y que permiten hablar de: pluralismo autonómico (art. 2), lingüístico (art. 3), simbólico (art. 4.2), sindical y empresarial (arts. 7 y 131.2), religioso e ideológico (art. 16), asociativo (art. 22), fundacional (art. 34), profesional (arts. 36, 52 y 127.1 entre otros), cultural (preámbulo, art. 46), etc.²⁰ Nada tiene de extraño, así las cosas, que desde la propia puesta en funcionamiento del Tribunal Constitucional, este haya elaborado una abundante jurisprudencia que ayuda a perfilar los distintos elementos de este concepto²¹, que extiende, efectivamente, no solamente al ejercicio, por parte de los parlamentarios, de sus funciones²², sino también al ámbito asociativo²³ y civil, entendiendo que el pluralismo y espíritu de apertura de las sociedades democráticas exige el reconocimiento de una amplia protección de la libertad de expresión²⁴.

¹⁵ Cfr., BURDEAU, G., *La Democracia*, Santiago de Chile, 2019, p. 63.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 87.

¹⁷ Vid., STC 62/2011, F.J. 13.

¹⁸ Vid., SSTC 12/1982, F.J. 3º; 104/1986, F.J. 2º

¹⁹ Vid., STC 259/2015 F.J. 5º

²⁰ Cfr., LUCAS VERDÚ, P. *Curso de Derecho Político*, Volumen IV, Madrid, 1984, p. 539.

²¹ El profesor Santamaría (Cfr., SANTAMARÍA IBEAS, J-J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, Madrid, 1997, pp. 360 y ss.) divide en cuatro los usos que del pluralismo político ha hecho el Alto Tribunal: a) entendiéndolo como una amplia “capacidad de opción” del legislador dentro de unos límites constitucionales (SSTC 4 y 27 de 1981, 18/1984, 227/1988, 76/1990 y 28/1991); b) como técnica jurisprudencial que permite la determinación de la composición que han de tener los órganos colegiados, cuando estos son representativos (SSTC 32/1985, 39/1986, 99/1987, 49/1988, 239/1992 y 146/1993); c) como limitación o expansión de determinadas libertades reconocidas en la Constitución (SSTC 62/1982) y; d) finalmente, como un concepto clave en el papel que en nuestro sistema constitucional corresponde jugar a los partidos políticos (5 y 10 de 1983 y 119/1990).

²² SSTC 57/2011, 225/2016, etc.

²³ STC 244/199,1 F.J. 2º

²⁴ SSTC 174/2006, F.J. 4º; 77/2009, F.J. 4º; 112/2016, F.J. 2º

Ahora bien, es, sin duda, la vertiente relativa al pluripartidismo la que más importante resulta a los efectos que nos ocupan. Ello es así porque, como magistralmente expondría Heller: “El Estado de Derecho democrático actual se basa, fundamentalmente, desde el punto de vista jurídico, en el régimen de libertad e igualdad de la propaganda política, en la posibilidad abierta igualmente a todos los grupos y partidos de imponer políticamente sus ideas e intereses”²⁵. Nada tiene de extraño, pues, dada la fuerza de los partidos modernos, y que, como indicaba Kelsen, “solo por ofuscación o dolo puede sostenerse la posibilidad de democracia sin partidos políticos”²⁶, que estos hayan pasado de ser ignorados en las Constituciones de los Estados liberales, a ser reconocidos y, en algún caso, regulados con cierto detalle²⁷, surgiendo, precisamente, con ello, y por lo que aquí interesa, normativas relativas a la oposición²⁸.

España, a diferencia de otros países como Alemania, donde se puede hablar de “incorporación constitucional” de los partidos políticos, pues la Constitución y las leyes determinan con precisión las funciones que deben cumplir los partidos políticos para poder ser considerados tales, sigue un modelo de mero reconocimiento²⁹, estableciendo la Constitución, en su art. 6, que además de expresar el pluralismo político, los partidos cumplen la función de concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular y ser instrumento fundamental de participación política de los ciudadanos. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en una extensa jurisprudencia³⁰, de la que interesa destacar, por su importancia, la STC 48/2003, en la que afirma que: “en la medida en que el Estado democrático constituido en el art. 1.1 CE ha de basarse necesariamente en el valor del pluralismo, del que los partidos son expresión principalísima mediante la configuración de una verdadera voluntad popular llamada a traducirse en voluntad general, es evidente que la apertura del ordenamiento a

²⁵ HELLER, H., *Europa y el fascismo*, Granada, 2006, p. 79.

²⁶ Cfr., KELSEN, H., *Esencia...* cit., p. 37.

²⁷ Cfr., TRIEPEL, H., *La Constitución y los partidos políticos*, Madrid, 2015, p. 14 y ss.; PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político*, Madrid, 1976, pp. 331-33.

²⁸ En la obra que acaba de citarse, el que fue rector de la Universidad Humboldt de Berlín, señala como en Canada y Australia se puso en marcha un mecanismo para que el líder del partido de la oposición parlamentaria cobrase un suplemento en sus emolumentos como parlamentario, es decir, una especie de sueldo. Antes, por tanto, de que, en 1937, la *Ministers of the Crow Act* británica fijase el salario del líder de la oposición.

²⁹ Cfr., PRESNO LINERA, M-A., *Los partidos políticos y las distorsiones de las Democracia*, Madrid, 2000, p. 43.

³⁰ Sin ánimo de exhaustividad cabe citar, entre otras, las SSTC 3/1981, FJ 1º; 5/1983, FJ 4º; 10/1983, FJ 3º; 85/1986, FJ 2º; 119/1995, FJ 3º; 12/2008 FJ 5º, etc.

cuantas opciones políticas puedan y quieran nacer y articularse en la realidad social constituye un valor que sólo cabe proteger y propiciar”³¹.

Pero esta resolución fue, precisamente, en la que el alto tribunal –declarando, conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)³², la constitucionalidad de la L.O 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos– avaló la posibilidad de ilegalización de partidos cuando la conducta de estos “evidencien una decidida incompatibilidad con los medios pacíficos y legales inherentes a los procesos de participación política para los que la Constitución demanda el concurso cualificado de los partidos políticos. Todo ello verificable y comprobable en un proceso judicial en el que quienes promuevan la disolución deberán probar suficientemente que el partido afectado realiza las conductas descritas en la Ley y que lo hace en términos que demuestran que no es acreedor a la condición de partido político”³³.

Algún autor extranjero ha visto en la legislación española en la materia una suerte de “democracia militante”, en la que lo que se proscribía es la búsqueda de la independencia de una supuesta nación respecto de España³⁴. Dejando incluso al margen el debate acerca de si el concepto acepta tanta maleabilidad, en todo caso, nada más lejos de la verdad, pues, como bien ha indicado el supremo custodio constitucional, “la primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante» (...) El planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales”³⁵.

³¹ F.J. 5º

³² SSTEDH de 30 de enero de 1998, *Partido Comunista Unificado de Turquía contra Turquía*; 25 de mayo de 1998, *Partido Socialista contra Turquía*; 8 de diciembre de 1999, *Partido de la Libertad y la Democracia contra Turquía*; 31 de julio de 2001 y 13 de febrero de 2003, *Partido de la Prosperidad contra Turquía*; 9 de abril de 2002, *Yazar y otros contra Turquía*; 10 de diciembre de 2002, *DEP contra Turquía*.

³³ F.J. 12º.

³⁴ Cfr., PEGORARO, L., “Para una clasificación dúctil de la Democracia militante”, *Revista vasca de Administración Pública*, 96, 2013, p. 218.

³⁵ Vid., STC 42/2014, F.J. 4º.

Por tanto, ilegalizar partidos que justifican la violencia, o que persiguen sus fines a través de medios decididamente contrarios al principio democrático y al pluralismo, no es incurrir en un tipo de democracia militante. De todos modos, y para evitar equívocos, conviene recordar que, incluso en los países que adoptan este modelo, como es el caso de Alemania, las cláusulas mediante las cuales se establecen (especialmente el art. 21.2 LFB)³⁶ no pueden ser interpretadas de modo que sirva, a quienes ostentan el poder, para deshacerse de una oposición incómoda, ya que, como ha afirmado el TCF, la remoción de los partidos de la vida pública se justifica no porque combatan con medios legales determinadas disposiciones de la Constitución, sino porque intenten suprimir los valores supremos del Estado constitucional democrático³⁷. En 2017³⁸, y para adaptarse a los estándares establecidos por el TEDH por lo que respecta a la necesidad de la medida en una sociedad democrática³⁹, el TCF dio un paso más precisando que es necesario que la formación busque eliminar o menoscabar con razonable intensidad el orden democrático, y que, además –a diferencia de lo que sostenía en 1956– tenga suficiente potencial para conseguir el éxito en su objetivo.

El constituyente español rechazó tal opción con buen criterio, pues son fórmulas que expresan cierta inseguridad o debilidad de un determinado régimen, ya que la mejor defensa del orden constitucional debieran ser los mecanismos que el propio ordenamiento constitucional establece, creando y fomentando una correcta cultura constitucional, mientras que la reacción institucional contra los enemigos de la democracia puede ser un riesgo igual o mayor para esta que el que suponían las propias asociaciones o partidos ilegalizados⁴⁰.

³⁶ El Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF) suele incluir, también, los arts. 9 y 18. Respecto del art. 79.3 LFB, el Tribunal lo incluía en algunas de sus resoluciones más antiguas, pero no en BVerfGE 30,1, que cuenta con votos particulares al respecto. Aunque parte de nuestra doctrina (por ejemplo, De Otto, 1985: 22) consideran inescindible la idea de democracia militante y la de límites materiales a la reforma (cláusulas de intangibilidad), se trata, en realidad, de dos conceptos diferentes, que no cabe, como hace nuestro Tribunal Constitucional, confundir (Cfr., FONDEVILA MARÓN, M., *La reforma constitucional en España. Un ensayo de Derecho Constitucional como ciencia teórico-práctica*, A Coruña, 2016, pp. 114 y ss.). El Alto Tribunal alemán parece haberse decantado definitivamente en este sentido [2BvB 1/13 (536)].

³⁷ Vid., BVerfGE 2, 11 y BVerfGE 5, 85 (140).

³⁸ Vid., 2BvB 1/13 (556 y 585).

³⁹ Cfr., FERNÁNDEZ CASADEVANTE MAYORDOMO, P., “La prohibición de partidos políticos en Alemania. Del nuevo criterio de la potencialidad y la reciente reforma constitucional para la no financiación de formaciones antidemocráticas pero constitucionales”, *Revista de Derecho Político*, 112, 2018, p. 252 y ss.

⁴⁰ Cfr., DE OTTO, I., *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, 1985, pp. 57-58.

La democracia militante casa mal, de hecho, con un verdadero pluralismo, ya que este concepto implica renunciar a considerar ningún valor en una sociedad con carácter absoluto, tratando de integrar cada uno de los valores y principios presentes a través de procesos comunicativos que requieren lealtad en el enfrentamiento⁴¹. Una verdadera democracia pluralista renuncia incluso a fijar para siempre ninguna suerte de acuerdo sobre lo fundamental. Como bien explica Carl Friedrich⁴², la doctrina del *agreement on fundamentals*, con alguna reminiscencia de la idea de concordancia medieval, no es una exigencia de la democracia sino del autoritarismo, que tratará de imponerlo. Las apelaciones grandilocuentes a la unidad proceden las más de las veces, de posiciones antidemocráticas. Sirva aquí como ejemplo las tesis de Carl Schmitt, quien sin duda alguna merece ser considerado el mayor crítico de los Estados liberales de la época de entreguerras, así como el más célebre censor de la instauración de la justicia constitucional en Europa Poniendo siempre su enorme talento al servicio del autoritarismo, este autor denunciará los defectos de ese pluralismo partidista criticando, precisamente, que el fortalecimiento de los partidos impidiese conseguir en el parlamento una unidad en la que quedasen superados y fundidos los violentos antagonismos de partidos e intereses⁴³. Su solución al problema, como es bien sabido, fue erigir en defensor de la Constitución al Presidente de la República, convirtiéndolo así en juez de su propia causa, pues, como le replica el fundador de la escuela de Viena, porque la Constitución le atribuye el ejercicio de un poder político, tiene la ocasión jurídica y el impulso político para violarla⁴⁴.

Lo que sí es cierto es que el pluralismo característico de las democracias modernas puede implicar una cierta inhibición de la política, dando lugar a soluciones tibias y de compromiso, o a que haya temas que queden fuera del debate político⁴⁵. Pero ello es fruto, simplemente, de la regla de juego principal que exige la democracia pluralista, que no es otra que la moderación, en el sentido, no, por supuesto, tal y como pretendía Daniel Bell⁴⁶,

⁴¹ Cfr., ZAGREBELSKY; G., *El derecho dúctil*, Madrid, 2011, pp. 14-15.

⁴² Cfr., FRIEDRICH, C-J., *La Democracia como forma política y como forma de vida.*, Santiago de Chile, 2020, p. 59 y ss.

⁴³ Cfr., SCHMITT, C Y KELSEN, H., *La polémica...cit.*, p. 160.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 293.

⁴⁵ Cfr., BURDEAU, G., *La democracia...cit.*, pp. 65 y 91.

⁴⁶ Cfr., BELL, D., *El fin de las ideologías. Sobre el agotamiento de las ideas políticas en los años cincuenta*, Madrid, 1992, pp. 337 y 454.

de renunciar a las ideologías, sino de “no atropellar al adversario solamente porque se tiene con ello la posibilidad de detentar el Poder”⁴⁷. La clave, en este tipo de democracias, es una actitud predispuesta al diálogo y a la concertación, siendo función del Tribunal Constitucional fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas⁴⁸. Huelga decir que, aunque se renuncie a imponer valores de un modo absoluto (como ocurría en los países socialistas), y aunque se imponga la moderación, tampoco ello quiere decir que no deban existir, en una comunidad política, determinados valores dominantes con los que, a fin de cuentas, una determinada Constitución se identifique⁴⁹. En las democracias pluralistas tiene lugar, ciertamente, una transacción de valores, y en ellas resulta necesario llevar a cabo renunciaciones recíprocas, pero ello no quiere decir, como nos muestra John Rawls en el liberalismo político –que es probablemente el mejor intento de adaptación de los postulados liberales a las sociedades plurales– que cualesquiera posturas sean admisibles⁵⁰, ni que del “consenso entrecruzado” alcanzado derive una democracia relativista o escéptica⁵¹.

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS

Es de sobra conocido que el motivo por el que la justicia constitucional tardó más de un siglo en instaurarse en Europa respecto de su surgimiento en los Estados Unidos de América se debe a que allí se dieron, a diferencia de aquí, desde el mismo momento de la revolución, las condiciones necesarias para comprender la Constitución, en tanto que obra del pueblo soberano, como norma jurídica superior, mientras que en la Europa del constitucionalismo liberal, donde pervivía todavía el principio monárquico, y consecuencia de la sujeción del juez al imperio de la ley, la Constitución se concebía como un documento político. A este respecto, debe reconocerse que, para que las constituciones pudieran ser concebidas en Europa como normas supremas, las cuales

⁴⁷ Mayúscula en el original. Cfr., FRIEDRICH, C-J., *La democracia...cit.*, p. 66.

⁴⁸ Vid., STC 4/1981, F.J. 3º.

⁴⁹ Cfr., DE VEGA, P. *Obras escogidas*, Madrid, 2017, p. 718.

⁵⁰ Solo resultan admisibles aquellas que pueden enmarcarse dentro de lo que él denominó “pluralismo razonable”. La razonabilidad a la que alude depende, a su vez, de dos requisitos, a saber: primero, “la disposición a proponer términos equitativos de cooperación y atenerse a ellos, supuesto que los demás hagan lo mismo”; segundo a “reconocer las cargas del juicio y a aceptar sus consecuencias a la hora de usar la razón pública en la tarea de orientar el legítimo ejercicio del poder político en un régimen constitucional” (Cfr., RAWLS, J., *El liberalismo político*, Barcelona, 2004, p. 85).

⁵¹ Cfr., RAWLS, J., *El liberalismo...cit.*, p. 182 y ss.

debían ser aplicadas directamente por los jueces y tribunales, resultaron decisivas las aportaciones de los autores adscritos a la escuela del positivismo, primero jurídico y, posteriormente, jurisprudencial⁵².

Esta idea de que la concepción de la Constitución como norma jurídica superior obliga a declarar aquellas leyes contrarias a la misma inconstitucionales se aprecia ya claramente en el primero de estos autores que realizó una propuesta científica para instaurar una justicia constitucional en Europa. Se trata de Georg Jellinek, quien por ello debe ser justamente considerado (a pesar de que este honor generalmente se atribuye, casi siempre por desconocimiento de la doctrina, a Hans Kelsen), el “padre” de la justicia constitucional en nuestro continente⁵³. En su obra, *Una Corte Constitucional para Austria*, propone convertir al Tribunal del Imperio en una instancia de naturaleza constitucional por exigencia del principio de estado de derecho, el cual obliga a que la actuación de todos los órganos del Estado esté sujeta a límites⁵⁴.

Ahora bien, lo que más interesa destacar, al hilo del discurso que se viene realizando, es que este auténtico introductor, en el plano teórico, de la justicia constitucional en Europa, argumentaba, en adición a lo antes señalado, que una Corte Constitucional en Austria, la cual, por cierto, necesariamente había de ser de tipo jurisdiccional, y pronunciarse con carácter previo⁵⁵, resultaba, asimismo, una necesidad para que las minorías políticas puedan, sin ser –dado el estado de guerra entre partidos que se daba en aquel momento en Austria– silenciadas por la mayoría parlamentaria, oponer de manera eficaz una eventual inconstitucionalidad de la ley⁵⁶. Esta idea sería posteriormente igualmente defendida por Kelsen⁵⁷, incidiendo este en que, dado que la democracia es un compromiso entre mayorías y minorías, la existencia de la justicia constitucional, evitando que la

⁵² Cfr., RUIPÉREZ ALAMILLO, J., “La constitución y su estudio. Un episodio en la forja del derecho constitucional europeo: método jurídico y régimen político en la llamada teoría constitucional de Weimar”, LEÓN BASTOS, C Y WONG MERAZ, V-A., *Teoría de la Constitución. Estudios jurídicos en homenaje al doctor Jorge Carpizo en Madrid*, México, 2010, pp. 699-701.

⁵³ Cfr., SAGÜES, N-P., “Tras las Huellas de Hans Kelsen: A Cien Años de la Primera Corte Constitucional y Ochenta de la Primera Sala Constitucional”, *Parlamento y Constitución*, 21, 2020, p. 180.

⁵⁴ Cfr., JELLINEK, G., *Una corte costituzionale per l’Austria*, Torino, 2013, pp. 41-51.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 59.

⁵⁶ *Ibíd.*, pp. 65-69.

⁵⁷ Cfr., KELSEN, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, 2011, p. 297.

mayoría viole inconstitucionalmente los derechos de la minoría, sirve también para garantizar la paz social.

Asimismo, a partir de los años cincuenta, los tribunales constitucionales comenzaron, cada vez más, a ser percibidos como instituciones de garantía liberal frente a posibles amenazas a los derechos y libertades por parte del legislador en los Estados sociales surgidos a partir del final de la II Guerra Mundial. Autor de referencia, a este respecto, es Gerhard Leibholz, quien magistralmente explica cómo en este tipo de Estados es necesario que, a cambio de la pérdida de libertad que se produce como consecuencia de un Estado más interventor dominado por legislativos identificados con parlamentos dominados por partidos fuertemente cohesionados en la sociedad de masas, la legislación no traspase algunas fronteras que imponen los derechos fundamentales reconocidos en la mayor parte de las constituciones (especialmente la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad), para lo cual –sostiene– son necesarios órganos que obliguen al legislador a mantenerse dentro de los límites constitucionales⁵⁸. Otro ejemplo lo constituye Mauro Cappelletti, quien denunciaba que, sin una “jurisdicción constitucional de la libertad”⁵⁹, los derechos subjetivos resultan ineficaces.

Por último, la imagen de los tribunales constitucionales como órganos de protección de las minorías se refuerza, también, en la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia de un cambio, en el estado de partidos, del significado en la doctrina de la división de poderes. En las postrimerías de este periodo, la preocupación dejó de estar centrada, como acaba de verse en los dos últimos autores citados, en el legislativo, y se centró en el partido político que tiene la mayoría en el parlamento, no faltando quien⁶⁰ ha considerado al partido en el poder el auténtico “príncipe moderno” del que hablaba Gramsci⁶¹. En un primer momento, el poder que habían alcanzado los parlamentos en los regímenes parlamentarios comenzó a menguar en favor del ejecutivo, ya que, como indicaba Maurice Duverger en una sugerente obra titulada *La monarquía parlamentaria*, las asambleas se convierten más en un apoyo del Primer Ministro, al que refuerzan, que en

⁵⁸ Cfr., LEIBHOLZ, G., *Problemas fundamentales de la Democracia moderna*, Santiago de Chile, 2019, pp. 15-17.

⁵⁹ Cfr., CAPPELLETTI, M., *La jurisdicción constitucional de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austríaco*, Lima, 2010, p. 25.

⁶⁰ Cfr., PRESNO LINERA, M-A., *Los partidos...cit.*, p. 230.

⁶¹ Cfr., GRAMSCI, A., *Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado moderno*, Buenos Aires, 1972, p. 28.

un contrapeso, y en tales circunstancias –sostendrá el politólogo francés– un control jurisdiccional de las leyes se hace indispensable para controlar el poder el “rey republicano”⁶².

En cualquier caso, y esto es lo que ahora verdaderamente interesa, dado que, en el Estado de partidos⁶³, como magistralmente expuso García-Pelayo⁶⁴, el parlamento ya no es el lugar donde se adoptan las decisiones, sino aquel donde se formalizan los acuerdos previamente adoptados en el seno de los partidos, nada tiene de particular el hecho de que “el juego de fuerzas políticas no se [contrapese] ya entre el legislativo y el ejecutivo, habida cuenta que los partidos electoralmente triunfantes suelen estar en ambos, sino entre mayorías y minorías, entre los partidos que ganan las elecciones, pero pueden perderlas en el futuro, y los partidos que pierden las elecciones, pero en una próxima convocatoria pueden resultar vencedores”⁶⁵.

Así lo han entendido, desde luego, desde la reinstauración de la democracia y justicia constitucional en España, tanto la doctrina más autorizada como el propio alto tribunal: por un lado, Eduardo García de Enterría afirmaba en los primeros años de la década de los ochenta que “una de las funciones básicas de la jurisdicción constitucional es la de mantener abierto el sistema, la de hacer posible su cambio permanente, el acceso al poder de las minorías frente a cualquier intento de cierre o congelación de la dominación existente por parte de mayorías más o menos ocasionales”⁶⁶. Por otro lado, si ya en la STC 118/1988, el TC establecía la necesidad de un equilibrio entre la independencia de las cámaras y la protección de los derechos de las minorías, ha remarcado la necesaria protección de tales derechos, entre otras, en las SSTC 136/2011 y 139/2017.

⁶² Cfr., DUVERGER, M., *La monarquía republicana*, Barcelona, 1974, p. 85.

⁶³ En el desarrollo de esta explicación se sigue al que fue el primer Presidente del Tribunal Constitucional, aunque la expresión de “*parteiinstaat*”, que a menudo se traduce como “Estado partitocrático”, pero que, en todo caso, es equiparable a Estado de partidos, pertenece a Heinrich Triepel (Cfr., TRIEPEL, H., *La Constitución...cit.*, p. 14).

⁶⁴ Cfr., GARCÍA-PELAYO, M., *Obras Completas*, Madrid, 2009, p. 2014.

⁶⁵ Cfr., DE VEGA, P., *Obras...cit.*, p. 516.

⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Navarra, 2006, p. 201.

IV. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA ERA DE LA CONTRADEMOCRACIA

Como puede apreciarse, el papel de la justicia constitucional en las sociedades pluralistas tiene fundamentos teórico-prácticos muy sólidos, sin embargo, será difícil terminar de comprender el papel fundamental de los tribunales constitucionales en la actualidad sino se hace desde las categorías conceptuales que ofrece la idea de lo que Pierre Rosanvallon denominó “contrademocracia”. El politólogo francés sostiene que para valorar correctamente los regímenes políticos actuales debe tenerse en cuenta no solo la dimensión electoral-representativa (que es la que más atención ha tenido hasta ahora), sino todo el conjunto de mecanismos de contrapoder que, presentes –según él– en todas las sociedades políticas, son mucho más notables en las actuales, construidas a partir de la desconfianza respecto de quienes ejercen el poder político⁶⁷. Uno de estos contrapoderes sería, sin duda, los tribunales constitucionales, cuyos procedimientos lleva “a multiplicar los lugares, los modos y los tiempos de la deliberación pública. Invita a considerar las cosas desde otro ángulo; también introduce el equivalente de una especie de moratoria en de la reflexión. En estas condiciones, se organiza una *escena deliberativa*⁶⁸ cuyo carácter compuesto y reflexivo permite acercar objetivos que sería difícil alcanzar organizando todos los debates públicos-políticos según los cánones de una teoría «pura» de la deliberación”⁶⁹.

Son varias las razones por las que, aun con la necesaria brevedad que imponen los límites a este trabajo, se ha querido destacar la obra del profesor del *Collège de France*: en primer lugar, porque ofrece conceptos novedosos y realistas para explicar los regímenes políticos desde parámetros distintos a los del paradigma liberal dominante, los cuales permiten un análisis de los mismos mucho más cabal que el de aquellos que –por empeñarse en contraponer modelos teóricos obsoletos a una realidad necesariamente cambiante– terminan simplemente por hablar de crisis o distorsiones en la democracia, el parlamento, o los partidos políticos. En segundo lugar, y esto es lo que realmente interesa ahora, porque gracias a los mismos se podrán valorar adecuadamente algunos de los

⁶⁷ Cfr., ROSANVALLON, P., *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza.*, Buenos Aires, 2007, pp. 23 y ss.

⁶⁸ Cursiva en el original.

⁶⁹ Cfr., ROSANVALLON, P., *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexibilidad y proximidad*, Barcelona, 2010, p. 203.

planteamientos, tanto críticos como favorables a la justicia constitucional, más en boga en nuestros días.

Dado que argumenta razonablemente que las democracias liberales, tanto en Europa como América, se fundaron en la desconfianza respecto de los representantes, nos ofrece un argumento a mayores en contra de aquellos que reducen la democracia a la voluntad mayoritaria, estando, entonces, en condiciones óptimas para comprender en toda su complejidad las democracias actuales caracterizadas, más que ningún otro régimen político en la historia, por la necesidad de establecer controles y bloqueos (cada vez en mayor medida fuera de las instancias representativas) al gobierno de la mayoría, a fin de evitar que este pueda adoptar tintes totalitarios.

V. MAYORÍAS Y MINORÍAS EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tal y como se viene diciendo, la mejor forma de explicar las democracias actuales es por la contraposición entre mayorías y minorías; pero si los tribunales constitucionales son instituciones contramayoritarias, puede resultar paradójico –y, de hecho, es una crítica habitual a la que se enfrentan este tipo de órganos– que las decisiones de los magistrados se tomen por mayoría⁷⁰; sobre todo, si se tiene en cuenta que el nombramiento de estos se hace muchas veces mediante un sistema de cuotas entre los partidos mayoritarios y minoritarios. Sin embargo, cuando ambas cuestiones íntimamente relacionadas se examinan desde la perspectiva que se intenta transmitir en estas páginas, se comprueba que resultan perfectamente compatibles con la democracia.

A continuación, se trata de ofrecer argumentos que sostienen esta afirmación, abordando, para mayor claridad, ambas cuestiones por separado.

1. La elección de los Magistrados mediante *lottizzazione*

Cualquier comparación de los modos de seleccionar magistrados para los tribunales constitucionales reflejará que priman de forma casi unánime los nombramientos

⁷⁰ Crítica que, aunque con muy poco rigor científico, algunos críticos de la justicia constitucional hacen extensible a sus defensores. Así, no sin su habitual desconsideración maniquea hacia los que no piensan como él, afirma Waldron que “A menudo los defensores del control judicial afirman que se oponen al mayoritarismo como tal. Pero dado que no parecen tener problemas con la DM [decisión tomada por una mayoría exigua], esta no puede ser su verdadera posición. En realidad (sic) se oponen al mayoritarismo democrático, no al mayoritarismo como tal” (WALDRON, J., *Contra el gobierno...cit.*, p. 155. Cursiva en el original).

políticos⁷¹. Normalmente participan el legislativo y el ejecutivo⁷², o solo el legislativo⁷³ y en ocasiones también el poder judicial⁷⁴.

España tiene un modo de renovar los miembros del Tribunal Constitucional bastante similar tanto al de otros Estados de nuestro entorno cercano como Italia (donde un tercio de los miembros los elige el Presidente, otro tercio el Parlamento, y el último tercio las magistraturas supremas) como algo más alejados (por ejemplo, Bulgaria, donde sus doce miembros son elegidos tres por la Asamblea Nacional, tres por el Presidente, tres por la asamblea de magistrados del Tribunal Supremo y tres por el Tribunal Superior Administrativo). En la primera de las designaciones, una vez reinstaurada la democracia en nuestro país y recuperada la justicia constitucional, primó el consenso entre las fuerzas políticas, pero a partir de entonces la práctica habitual, tanto aquí como en el país transalpino⁷⁵, ha sido lo que se ha venido en llamar *lottizzazione*, o reparto de cuotas entre los partidos para designar a los miembros que corresponde elegir a las cámaras.

Concretamente, en el caso de España, lo habitual es que el partido en el poder consiga colocar a dos de los cuatro miembros que elige la Cámara, consienta que el principal partido de la oposición elija otro, y solo el cuarto responda a un cierto consenso⁷⁶. Esto ha suscitado la crítica prácticamente unánime entre la doctrina⁷⁷ y ha perjudicado la imagen del tribunal, percibido por la ciudadanía como un órgano politizado que responde a la voluntad de los dos grandes partidos. Además, los retrasos en las renovaciones, incumpliendo, por tanto –tal y como lo ha entendido el Tribunal Constitucional⁷⁸– un

⁷¹ Incluso en Bolivia, donde la elección se lleva a cabo mediante sufragio universal, los candidatos son preseleccionados por la Asamblea (arts. 182 y 198 de la Constitución).

⁷² Es el caso, por ejemplo, de Austria, en donde el Gobierno Federal elige a ocho de los catorce miembros titulares y a tres de los jueces suplentes, el Consejo Nacional tres jueces titulares y dos suplentes y el Consejo Federal tres titulares y un suplente.

⁷³ Por ejemplo, Alemania, donde los dieciséis miembros son elegidos, a partes iguales, por el *Bundestag* y el *Bundesrat*.

⁷⁴ Lo normal es que consejos de la magistratura o altas cortes los seleccionen. Un caso curioso lo constituye Portugal, donde la Asamblea elige diez de sus trece miembros y los otros tres son elegidos por cooptación.

⁷⁵ Cfr., BAAMONDE GÓMEZ, L. *La magistratura constitucional en España e Italia. Selección, aspectos temporales del mandato y estatuto jurídico*, Madrid, 2019, p. 60 y ss.

⁷⁶ Cfr., ALZAGA VILLAAMIL, O. *Sociedad democrática y Constitución (estudios y cabos sueltos)*, Madrid, 2018, p. 414.

⁷⁷ Solo Espín Templado, citado por Alzaga (*vid. nota supra*, p. 417) parece considerarlo positivamente.

⁷⁸ Vid., SSTC 49/2008, FJ 19°.

mandato constitucional y legal, son frecuentes, y han dado lugar a polémicas reformas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTCT)⁷⁹.

Los incumplimientos son, sin lugar a dudas, lamentables, y dicen muy poco de nuestra clase política. Sin embargo, de acuerdo con la perspectiva respecto de las democracias pluralistas que se intenta transmitir a lo largo de estas páginas, basadas en la dialéctica mayoría-minoría, el sistema de cuotas que se ha impuesto en la práctica puede ser visto, sino de modo positivo, al menos en modo alguno negativo, como una consecuencia de la alteración producida en el principio de separación de poderes. Porque, aunque la norma originaria previese un reparto de nombramientos entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial, una práctica o interpretación por parte de los partidos políticos que formalmente no la contradiga y materialmente se ajuste más a la realidad no tiene por qué ser denostada por la doctrina ni ser vista con recelo por la ciudadanía, siempre, evidentemente, que con ello no se convierta al Tribunal en una tercera cámara donde tratar de ganar aquello que se ha perdido en otras.

Por eso, muchas posturas doctrinales, sin duda con nobles propósitos y con indudable valor en el momento en el que fueron formuladas, que apelaban a la necesidad de un reparto proporcional⁸⁰ o a candidatos de consenso aceptables por todos los partidos⁸¹ no parecen hoy cercanas a la realidad. Desde este punto de vista es natural que en los candidatos propuestos pueda apreciarse una más o menos marcada ideología, pues es lógico que personas con experiencia profesional y de vida se hayan formado una opinión acerca del mundo. Lo único que hay que evitar es vetos cruzados permanentes (los puntuales, a alguna persona concreta, forman parte de la negociación) y, para ello, es recomendable que las personas propuestas tengan una muy alta cualificación técnica, así como que, aunque su ideología pueda ser conocida, no hayan tenido, en un pasado

⁷⁹ Por L.O 6/2007, en pleno debate en torno al Estatuto de Autonomía de Cataluña se introdujo en el art. 16.3 de la LOTCT la polémica prórroga *ope legis*, hasta que tomen posesión los nuevos magistrados, del mandato de presidencia y vicepresidencia del TC cuando el mandato de tres años para el que fueron elegidos no coincidiera con la renovación del Tribunal Constitucional. La STC 49/2008 declaró su constitucionalidad, y era una práctica que venía siendo habitual en el Tribunal, lo que no impidió la controversia, pues en el momento de la reforma corría el rumor de que la presidenta podía no contar con el apoyo del pleno.

Por su parte, la LOTCT 8/2010 introdujo el apartado 5 del artículo 16, que, en su inciso final dispone que “Si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación”, lo que ha sido criticado tanto por su posible inconstitucionalidad como por normalizar los incumplimientos parlamentarios.

⁸⁰ Cfr., RUBIO LLORENTE, F., *La forma de poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1997, p. 415.

⁸¹ Cfr., REQUEJO RODRIGUEZ, P., “La protección...”, cit., p. 5.

reciente, cargos políticos. Lógicamente, al menos tiene que haber un consenso en torno a ello. Además, el gobierno y el principal partido de la oposición deben estar prestos a negociar las renovaciones en tiempo y forma. Si en otros países, como Austria, donde también el partido en el gobierno tiene la posibilidad de establecer la mayoría de las renovaciones, los principales partidos han conseguido llegar a un acuerdo para conseguir cierto equilibrio⁸², ¿por qué no son capaces los nuestros de actuar de igual forma?

Hay que tener en cuenta, además, que el nombramiento por mayoría cualificada de la Cámara no es la única, ni la más importante si quiera, garantía de independencia de los jueces. Si así fuera, bien podría afirmarse que, en todos aquellos Estados, como España, donde el gobierno elige un determinado número de magistrados/as, no hay independencia en el Tribunal, al menos, por parte de tales, y ello es, evidentemente, un disparate. Por el contrario, la independencia de los miembros del Tribunal dependerá de las garantías legal-constitucionales establecidas, tanto respecto del órgano (por ejemplo, autonomía normativa y financiera, inmunidades...) como de los/las magistrados individuales (inviolabilidad por los votos emitidos, inamovilidad, garantía salarial, mandato, etc.)⁸³.

2. Los votos de los Magistrados

Ahora bien, por más que el sistema de elección mediante reparto de cuotas entre los partidos del gobierno y la oposición pueda resultar coherente con el funcionamiento actual de los regímenes democráticos, en donde, como se ha dicho en el epígrafe anterior, la clásica división de poderes ha sido sustituida por la dialéctica entre mayorías y minorías, que las controversias constitucionales se resuelvan en el seno de estos órganos votando puede dar lugar a críticas y cuestionamientos. Sobre todo cuando, como ocurre en España, los votos particulares se publican, se transmite una imagen de politización a la ciudadanía⁸⁴ que perjudica la imagen del Tribunal. Es verdad, por decirlo de manera clara y sencilla, que quien más y quien menos, si se trata de alguien que acepta el principio de Estado de derecho, puede aceptar que una decisión tomada por los representantes políticos, manifiestamente inconstitucional, y declarada así por un órgano compuesto por personas a las que pueda reconocérseles de modo general un alto grado de autoridad, quede anulada; pero le costará mucho más aceptarlo si percibe fuertes disensiones en el

⁸² Cfr., FAVOREAU, L. *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, 1994, p. 45.

⁸³ Cfr., PEGORARO, L Y RINELLA, A., *Derecho...cit.*, p. 158.

⁸⁴ Cfr., CASCAJO CASTRO, J-L., "La figura del voto en la justicia constitucional española", *Revista española de Derecho Constitucional*, 17, 1986, p. 176 y ss.

seno del Tribunal o aprecia que una decisión fue tomada por un solo voto de diferencia o con voto de calidad de la presidencia. Todo esto implica elementos de carácter *iusfilosófico* y de teoría política sobre la racionalidad de decisiones adoptadas por mayoría en los que ahora no es posible entrar sin caer en un alejamiento de lo que constituye el objeto de estas páginas.

A los efectos que nos ocupan, sí nos interesa, por el contrario, indicar las perniciosas consecuencias que, en el ámbito práctico, tendría tratar de establecer mayorías cualificadas para una declaración de inconstitucionalidad. Es así en Perú, donde el art. 4 LOTC exige que una declaración de inconstitucionalidad sea aprobada por el voto de seis magistrados (en caso contrario el Tribunal declarará la demanda infundada) o en algunos Tribunales Supremos de estados americanos como Nebraska y Dakota del Norte, siendo fórmulas a las que los críticos con la justicia constitucional apelan, aparentemente, como mal menor⁸⁵. Tal y como critica Cesar Landa⁸⁶, ello puede provocar la paralización del órgano y aumentar los conflictos entre los miembros. Cuando el voto de una minoría basta para que una ley no sea declarada inconstitucional se corre el riesgo de que aumenten las presiones gubernamentales sobre los magistrados y haya, consecuentemente, una mayor politización del órgano. Es decir, no solo se consigue precisamente lo contrario de lo que dice perseguirse, sino que se merma la capacidad del tribunal de actuar como defensor de las minorías. El Tribunal Constitucional pierde su razón de ser si no es un órgano contramayoritario e instrumento de la oposición, de modo que no puede ser buena idea establecer como regla de funcionamiento interno algo que, a fin de cuentas, beneficia a quien se viene calificando de “príncipe moderno”.

VI. LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS POLÍTICAS

Cuando se comprende el papel del tribunal constitucional como contrapoder ante una posible deriva totalitaria por parte de una mayoría eventual en las sociedades pluralistas y, asimismo, como una instancia de corrección del sistema que añade un plus de argumentación o reflexión al ordenamiento jurídico democrático, se comprende también cuan alejadas de la realidad están aquellas posturas doctrinales que cuestionan su papel como legislador negativo a través del control directo o abstracto de constitucionalidad.

⁸⁵ Cfr., WALDRON, J., *Contra el gobierno...cit.*, p. 156.

⁸⁶ Cfr., LANDA, C., *Tribunal Constitucional y Estado de Derecho*, Lima, 1999, p. 393.

Habitualmente se critica el recurso de inconstitucionalidad en manos de un grupo reducido de miembros de una cámara parlamentaria con consideraciones como que supone una politización de la justicia, llevando al terreno de un órgano jurisdiccional disputas partidarias que los recurrentes han perdido en el parlamento. Salvo que se reconozca operar desde parámetros opuestos al constitucionalismo, se trata de argumentos falaces. Decía Zagrebelsky, con una frase tan provocadora como discutible, que la Constitución es “aquello sobre lo que no se vota”⁸⁷, queriendo, seguramente, expresar, que lo que la Constitución hace es sustraer determinadas materias del debate legislativo o, dicho en otros términos, establecer, excepto previa reforma de la norma fundamental, límites a la actuación del legislador.

El tribunal constitucional ha insistido en que el recurso de inconstitucionalidad tiene un carácter objetivo, en el cual los sujetos legitimados activamente actúan “en virtud de la alta cualificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional”⁸⁸, defendiendo que cuando cincuenta diputados o senadores “deciden formular un recurso de inconstitucionalidad están poniendo de manifiesto la existencia de un interés público objetivo en el que el Tribunal Constitucional desarrolle su función de garantizar la supremacía de la Constitución mediante el enjuiciamiento de la Ley impugnada, ya que, (...), es el orden constitucional, y no los intereses privados, lo que justifica la legitimación”⁸⁹. Sin embargo, algún autor como Jose Antonio Montilla sostiene que cuando la Constitución brinda a una minoría parlamentaria legitimación activa para interponer el recurso, este adopta (aunque sigue primando el carácter objetivo), rasgos subjetivos, lo que justificaría la crítica mencionada⁹⁰. Si la razón es el interés político-ideológico de esos diputados de la minoría en conseguir una determinada interpretación de la Constitución, no parece un argumento convincente, pues, dado que, por ejemplo, el reparto de competencias también es susceptible de interpretación, también sería posible adivinar motivos ideológicos (por ejemplo, “centralismo”) en los recursos del presidente contra la legislación de las comunidades autónomas y, sobre todo, en los recursos

⁸⁷ ZAGREBELSKY, G., *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, 2005, p. 27.

⁸⁸ STC 5/1981, FJ 3º

⁸⁹ STC 17/1990, FJ 1º

⁹⁰ Cfr., MONTILLA MARTOS, J-A., *Minoría...cit.*, pp. 22 y ss.

promovidos por los órganos de estas cuando no lo hacen en virtud de una competencia violada⁹¹.

El TC actúa, independientemente de las convicciones que lleven a las partes a plantear el recurso, con la finalidad “de depurar el Ordenamiento resolviendo de manera definitiva y con carácter general las dudas que puedan plantearse” sobre la constitucionalidad de las leyes⁹². En todo caso, no es cierto que introduzca ningún elemento subjetivo: al añadir la legitimación activa de las minorías, lo que hacen los sistemas constitucionales es corresponsabilizar también a la oposición –y no solo a las mayorías gubernamentales y parlamentarias de los distintos niveles de gobierno– de la corrección constitucional de la legislación. Ni que decir tiene que no se trata de una condescendencia de la mayoría con la minoría, ni, tampoco, de una opción que pueda justificarse según las circunstancias de la realidad política y social. Se trata, por el contrario, de un elemento que es consustancial a la justicia constitucional, de modo que, en ausencia de este, la misma no resulta completa. Elemento que se encuentra en la raíz misma de la justicia constitucional: el padre de esta, George Jellinek, abogaba ya en 1885 por establecer en el Tribunal del Imperio un recurso previo de inconstitucionalidad en manos de las minorías⁹³.

La legitimación de las minorías, por tanto, lejos de subjetivarlo, hace que el recurso de inconstitucionalidad sea más plural, inclusivo, acorde con la teoría democrática...y objetivo. Si la normativa estableciese la necesidad de que ese número de diputados y senadores que pueden plantear recurso debieran haber votado en contra, quizás pudiera hablarse de un carácter subjetivo del recurso; pero obviamente no es el caso. Ni siquiera habría subjetivismo alguno si, como, por ejemplo, en Turquía, se legitimase para interponer el recurso de inconstitucionalidad al principal partido de la oposición. La razón no ha de ser muy difícil de comprender: es muy especialmente a las minorías a las que corresponde la defensa de la Constitución. Por supuesto, este es un derecho-deber de todos, pero, porque quienes más pueden tener la tentación y oportunidad de violar la Constitución, por ser quienes ocupan los resortes del poder, son los representantes de la mayoría, y si –como ha quedado dicho– la principal función de la justicia constitucional

⁹¹ Recuérdese que el TC, precisamente en virtud de la doctrina expuesta, no restringe en ese sentido la legitimación de las CC.AA (STC 199/1987, FJ 1°).

⁹² Vid., STC 4/1981 FJ 1°

⁹³ Cfr., JELLINEK, G. *Una Corte...* pp. 68-69. Es interesante, también, que este trabajo justifique la necesidad de una Corte Constitucional, ¡en 1885!, por el estado de guerra entre los partidos del parlamento (pp. 66-67).

es la protección de las minorías, sería absurdo, constitucionalmente hablando, que no sean estas las que estén especialmente legitimadas para interponer dicho recurso⁹⁴. Es más, aunque hubiese un cierto subjetivismo en el recurso de inconstitucionalidad, ello no sería criticable: si por subjetividad se entiende que las minorías puedan buscar una garantía de su estatus en una instancia que velará porque la mayoría parlamentaria no las oprima con medios legales, no hay –como insinúan los críticos– nada negativo en ello.

Los argumentos en contra del recurso de inconstitucionalidad rezuman un compromiso con la mayoría preponderante. No se explica, si no, que aun sea habitual encontrar quienes sostienen que el recurso previo respecto de estatutos de autonomía y leyes orgánicas inicialmente previsto en nuestra legislación y derogado por la L.O 4/1985 (y que ha vuelto a ser recuperado, solo respecto de los proyectos de Estatuto por L.O 12/2015) había sido utilizado por la oposición como táctica obstruccionista, cuando lo cierto es que fueron siete los recursos interpuestos y cuatro los –al menos parcialmente– estimados (incluida una resolución clave para nuestro ordenamiento como la STC 76/1983), todo ello en una legislatura con un partido dominante que ocupaba 202 de los 350 escaños del parlamento, sacando 95 de diferencia al principal partido de la oposición. La mayoría de recursos de inconstitucionalidad resueltos por nuestro TC no los interpuso la minoría de cincuenta diputados o senadores, sino las mayorías estatales y autonómicas en el marco de conflictos territoriales. De hecho, si algo resulta criticable, desde la perspectiva que se viene sosteniendo en estas páginas, es que el art. 162.1.“a” CE no legitime a las minorías autonómicas para interponer recurso de inconstitucionalidad, al menos, respecto de las normas de su respectiva comunidad autónoma⁹⁵.

En España, los autores más críticos con la concepción de los tribunales constitucionales que aquí defendemos han sido Francisco Rubio y Luis M^a. López Guerra. El primero sostenía, en los años 90, que la utilidad del recurso de inconstitucionalidad es vivamente discutida y su utilidad universalmente cuestionada y afirmaba, por ello, que los sistemas constitucionales tendían, cada vez más, a una pérdida de importancia del recurso de

⁹⁴ Con este mismo argumento se oponía, como es sabido, Kelsen, a la tesis de Schmitt de erigir al Presidente del Reich en defensor de la Constitución (Cfr., SCHMITT, C; KELSEN, H. *La polémica...* p. 293.

⁹⁵ Cfr., RUIPÉREZ ALAMILLO, J. *La protección constitucional de la autonomía*, Madrid, 1994, p. 155. Este autor critica, igualmente, la limitación que el art. 32.2 LOTC establece para la interposición del recurso de inconstitucionalidad (solo frente a leyes o actos con fuerza de ley “que puedan afectar a su ámbito de autonomía”) que no se encuentra en el art. 162. 1. “a” CE.

inconstitucionalidad para convertirse en jurisdicciones centradas en los derechos⁹⁶. El segundo ha sostenido recientemente que la función más importante de los tribunales constitucionales, en una democracia consolidada, no responde a un propósito contramayoritario de protección de las minorías, sino a la interpretación de la Constitución en los procesos de protección de derechos y de control concreto de constitucionalidad⁹⁷.

Desde el mayor de los respetos, y con espíritu estrictamente científico, cabe cuestionar algunas de sus premisas: por ejemplo, Rubio Llorente sostenía que en Alemania el recurso de inconstitucionalidad era ampliamente criticado (aunque solo citaba a Helmut Simon y su argumento de que era una extensión de las disputas parlamentarias) solo un año después de que alguien de la relevancia de K. Stern afirmase que “queda fuera de toda duda que el control de la función de creación del Derecho, sobre todo del Parlamento, a través de Tribunal Constitucional es un punto neurálgico y de moderación y equilibrio entre el primer y tercer poder”⁹⁸. En Europa continental en general y en Alemania en particular, aunque pueda existir debate, el control de constitucionalidad de las leyes es aceptado por la mayoría de un modo bastante pacífico. De hecho, la gran mayoría de países de nuestro entorno lo han establecido como un mecanismo en manos de un número más o menos grande de diputados y/o senadores que oscila entre la tercera parte de la cámara en países como Austria y Alemania a la décima parte que se exige en Portugal, para favorecer la protección de las minorías políticas.

Precisamente porque en Italia el control de las leyes es fundamentalmente incidental, es un ejemplo al que López Guerra acude recurrentemente. Y lo cierto es que parte de razón no le falta, ya que este tipo de control se ha extendido por todo el mundo⁹⁹ más que el abstracto, aunque en España tradicionalmente no haya tenido, hasta quizás los últimos años, demasiada importancia. Sin embargo, el magistrado emérito del TC y TEDH parece obviar, en primer lugar, que no es tan extraño que en Italia no se constitucionalizase el control abstracto en manos de una minoría política, pues la legitimación de estas en el

⁹⁶ Cfr., RUBIO LLORENTE, F., “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, RUBIO LLORENTE, F. Y JIMENEZ CAMPO, J., *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998, p. 171.

⁹⁷ Cfr., LÓPEZ GUERRA, L., “Los retos al tribunal constitucional español, desde la perspectiva del «constitucionalismo político»” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25-1, p. 22.

⁹⁸ STERN, K., *Jurisdicción constitucional y legislador*, Madrid, 2009, p. 39.

⁹⁹ Cfr., PEGORARO, L Y RINELLA, A., *Derecho...cit.*, pp. 121 y ss.

recurso de inconstitucionalidad solo se generalizó a partir de la II Guerra Mundial, no existiendo tampoco ni en los tres primeros Tribunales Constitucionales europeos (Austria incorporó esta posibilidad en 1975), ni, por ejemplo, en Francia, hasta 1974; y, en segundo lugar, que la Corte Constitucional italiana ha señalado que la ausencia de un recurso directo accionable por determinados sujetos es una laguna del ordenamiento constitucional italiano que permite la subsistencia de zonas francas de inconstitucionalidad¹⁰⁰. Es decir, menosprecia el hecho de que preservar completamente la supremacía constitucional obliga a que el control incidental y concreto sean complementarios, no sustitutivos, pues el primero permite corregir inconstitucionalidades que puedan manifestarse en el momento de la aplicación de la ley, pero sin el segundo, como se acaba de ver, no se cubren todas las posibles inconstitucionalidades del ordenamiento jurídico.

La protección que el recurso de inconstitucionalidad brinda a la oposición es la de que el gobierno de la mayoría no pueda exceder las competencias y facultades otorgadas por la Constitución, lo que podría conducir a que se malograsen las características del sistema que permiten mantener vivas sus opciones de convertirse en mayoría. En tal situación, no nos hallaríamos ante un Estado de Derecho donde hubiese un mínimo de respeto por los derechos. Es más, garantiza, incluso, algo tan básico como que en las cámaras se siga el procedimiento legislativo ordinario. Dado que el TC ha afirmado que “aunque el art. 28.1 de nuestra Ley Orgánica no menciona los Reglamentos Parlamentarios entre aquellas normas cuya infracción puede acarrear la inconstitucionalidad de la Ley, no es dudoso que, tanto por la invulnerabilidad de tales reglas de procedimiento frente a la acción del legislador como, sobre todo, por el carácter instrumental que esas reglas tienen respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político (art. 1.1 C.E.), la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras”¹⁰¹, es evidente que en ausencia de un control directo este tipo de inconstitucionalidad por vicio formal quedaría incólume, pues no tendría sentido atacarla en un pleito ante la jurisdicción ordinaria.

¹⁰⁰ Vid., SCC 406 de 1989.

¹⁰¹ STC 99/1987, F.J. 1º.

El modelo teórico enfocado en derechos (por contraposición a un modelo enfocado en la ley) que Rubio Llorente teorizó y que parece compartir también en cierta medida López Guerra ha sido criticado por la mejor doctrina comparatista extranjera por resultar demasiado “difuso y móvil”¹⁰². Conviene recordar, además, en primer lugar, que el recurso de amparo tal y como se configura en Alemania y España tiene parangón solo en algunos pocos Estados como Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Polonia o República Checa. En segundo lugar, que en el caso de España, el colapso que el alto número de amparos presentados ante el Tribunal provocaba, supuso una reforma, llevada a cabo por la L.O 6/2007, que privó a este de su dimensión subjetiva, en tanto que ahora, la vulneración de un derecho no es suficiente, en ausencia de una “especial trascendencia constitucional”, para que el Tribunal acepte la demanda¹⁰³, lo cual, ciertamente, resulta difícil de explicar y de aceptar, sobre todo, por los justiciables¹⁰⁴. En tercer y último lugar, que estando los jueces y tribunales ordinarios facultados y obligados a ejercer el control de convencionalidad¹⁰⁵, y a aplicar con primacía el Derecho de la Unión Europea, cabe esperar que la interpretación de los derechos que se imponga sea cada vez más la que proceda de instancias internacionales, siendo los jueces y tribunales ordinarios quienes lo garanticen, quedando los tribunales constitucionales como garantes últimos de que con ello no se ponga en riesgo principios básicos del orden constitucional¹⁰⁶.

Obviamente, y para concluir, nada de lo que se ha dicho quiere decir que no sea verdad que la justicia constitucional no es tal si no protege principios, valores, y, en definitiva, derechos consagrados constitucionalmente a través tanto del recurso directo como del incidental. Tampoco que no sea cierto que en España (vid., *infra*, epígrafes VIII y IX) el amparo no haya sido un instrumento eficaz de protección de las minorías tanto políticas como sociales¹⁰⁷. Precisamente porque no hay defensa de la Constitución sin protección de derechos y viceversa, los intentos de contraponer ambas dimensiones solo sirve para

¹⁰² Cfr., TUSSEAU, G., *Para acabar con los «modelos» de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, México, 2011, p. 117.

¹⁰³ Cfr., ARAGÓN REYES, M., “La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, 2009, p. 35.

¹⁰⁴ Cfr., TENORIO SÁNCHEZ, P., ¿“Qué fue del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional?” *Revista de Derecho Político*, 101, 2018, p. 732.

¹⁰⁵ Vid., STC 140/2018, F.J. 6º.

¹⁰⁶ Ejemplo paradigmático de ello es la resolución del célebre caso *Taricco* en Italia (SCC 115 de 2018).

¹⁰⁷ Sobre todo, dado que el TC ha admitido la legitimación activa en el recurso de amparo a partidos políticos, grupos parlamentarios, Comunidades Autónomas y personas naturales o jurídicas de una estirpe (como la judía) cuando la ofensa lo es contra todo el colectivo (SSTC 241/1991 y 176/1995).

desfigurarla o mermar su eficacia¹⁰⁸, pero la redefinición del papel de los tribunales constitucionales que los fenómenos de integración supranacional (UE y Consejo de Europa) y la coexistencia de distintas jurisdicciones de la libertad imponen, recomiendan, más bien, transitar en un sentido inverso al que proponen los dos magistrados eméritos del TC. De hecho, el propio Tribunal Constitucional ha indicado que debe ser en la jurisdicción ordinaria donde los particulares logren reparar eventuales lesiones de sus derechos fundamentales¹⁰⁹. La interpretación que de estos hagan los jueces y tribunales solo puede proceder de instancias supranacionales.

Aunque hayan cumplido una función de garantía, el recurso de inconstitucionalidad y de amparo no están específicamente orientados hacia la oposición, cabría reformar en esa dirección a este órgano modificando el conflicto entre órganos constitucionales para legitimar también, como ocurre en el derecho alemán, a una facción de los mismos. Según el art. 63 BVerGG pueden presentar este conflicto el Presidente Federal, el *Bundestag*, el *Bundesrat*, el Gobierno Federal, y aquellas partes de estos órganos con base en los derechos que les reconoce la Ley Fundamental y los reglamentos de las cámaras. También pueden hacerlo la Asamblea Federal, el Canciller Federal, los Ministros y los miembros individuales de las Cámaras. Incluso los partidos políticos pueden defender sus derechos al amparo del art. 21 GG mediante este procedimiento si participan en la formación de la voluntad política. Pero lo más interesante, a los efectos del tema que nos ocupa en estas páginas, es la legitimación de la que gozan los grupos parlamentarios, pues estos pueden no solo hacer valer sus derechos frente al parlamento, si no los derechos del órgano mismo, incluso en contra de la voluntad de la mayoría parlamentaria¹¹⁰. De este modo, sí nos hallaríamos aquí, al igual que allí, ante un recurso pensado, sobre todo, para los grupos de oposición¹¹¹.

¹⁰⁸ Cfr., PÉREZ TREMPES., P., “La admisión en los procesos constitucionales. Consideraciones de Derecho comparado”, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan Jose Ruiz Rico*, II, Madrid, 1997, p. 1384.

¹⁰⁹ Vid., por todas, STC 147/1994.

¹¹⁰ Información extraída de la página web del TCF: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/Organstreitverfahren/organstreitverfahren_node.html [recuperado el 23/6/2022].

¹¹¹ Vid., BVerfGE 90, 286 y MONTILLA MARTOS, J-A., *Minoría...cit.*, p. 115.

VII. DERECHO DE LA OPOSICIÓN: REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TC ALEMÁN Y EL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS

Decía André Mathiot: “Si se me pidiese un único criterio para juzgar el gobierno democrático, diría que depende del estado de la oposición”¹¹². Siendo así, y también dado que a la judicatura le corresponde declarar el Derecho, parece de vital importancia analizar ahora si la justicia constitucional ha protegido o no adecuadamente los derechos de la oposición. En esa línea, para valorar mejor, con sus luces y sombras, nuestra jurisprudencia constitucional, puede resultar de interés confrontar las distintas concepciones acerca de la oposición de otros tribunales constitucionales europeos como es el alemán y el francés, interpretando, respectivamente, dos modelos distintos de estatuto constitucional de la oposición.

En Alemania, al igual que en nuestro país, la Constitución no establece un estatuto expreso de la oposición, pero siguiendo a Luca Mezzetti¹¹³ cabe indicar, que el alto tribunal germano ha derivado, de determinados preceptos constitucionales (arts. 5, 8, 9, 17, 21 y 38 fundamentalmente) y, también, en virtud del artículo 92.3 del Código Penal (que establece como un principio constitucional el derecho a formar y ejercer una oposición parlamentaria): a) un “derecho a la oposición” que se traduciría en igualdad entre partidos y el derecho a ejercitar una oposición de conformidad con la Constitución¹¹⁴, así como un derecho fundamental de libertad de actividad política¹¹⁵; y, b) determinados derechos de la oposición.

Sobre el “derecho a la oposición”, cabe decir que, desde la citada *supra* Sentencia de 17 de agosto de 1956, sobre el partido comunista alemán, el Tribunal viene proclamando la libertad de oposición como característica de la democracia liberal¹¹⁶, indicando incluso que la mayoría, porque en un sistema de estas características tiene una posición eventual, debe tener en cuenta los intereses de la minoría¹¹⁷. Si el gobierno tiene derecho a acceder

¹¹² MATHIOT, A. *The British Political System*, London, 2018, p. 14.

¹¹³ Cfr., MEZZETTI, L., *Giustizia Costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Rimini, 1992, pp. 50-68.

¹¹⁴ Vid., BverfGE 2,13.

¹¹⁵ Vid., BverfGE 5, 134; 20, 56 (98).

¹¹⁶ Vid., BVerfGE 5, 197.

¹¹⁷ Vid., BverfGE 5, 199

al *Bundestag* y sus comisiones, así como a tomar la palabra (art. 43 LFB), los diputados de la oposición –ha afirmado el Tribunal– tienen igualmente derecho a expresar su punto de vista en el parlamento¹¹⁸ y también, respecto de una propuesta de ley, hacer valer sus puntos de vista tanto políticos como jurídicos. A pesar de estos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional alemán ha rehusado hacer una interpretación extensiva de esta libertad en lo que respecta al derecho de iniciativas parlamentarias o al desarrollo de triple lectura en la formación de las leyes. Es más, cuando la oposición se quejó de que las intervenciones en el parlamento del gobierno sumadas a la de la mayoría parlamentaria ocupaban mucho más tiempo que el de a ella asignado, el TCF desestimó la pretensión de una compensación, pues, de acuerdo con el Tribunal, los discursos del gobierno no pueden considerarse simple y exclusivamente como una representación adicional y ampliada del punto de vista de la mayoría¹¹⁹.

Asimismo, respecto a los “derechos de la oposición”, el Tribunal los ha interpretado de manera restrictiva, pudiendo la oposición ejercer libremente la crítica a la mayoría, pero no una función de control político, que corresponde únicamente al parlamento¹²⁰, ni tampoco poder ser considerada parte orgánica del parlamento ni ejercer derechos propios respecto a este, (algo que corresponde únicamente a los grupos parlamentarios)¹²¹ evitando también el *Verfassungsgericht* afirmar claramente un derecho a la igualdad de oportunidades de la oposición respecto del gobierno. En cuanto a la oposición extraparlamentaria, tiene derecho, conforme a los arts. 21 y 3 Ley Fundamental de Bonn (LFB), a fundar libremente partidos y a la igualdad (formal) de oportunidades en las elecciones¹²², pudiendo oponerse por medios legales al gobierno y a las instituciones constitucionales en el marco del art. 21.2 LFB, gozando, por último, respecto de otras asociaciones políticas, del privilegio de constitucionalidad en ausencia de una sentencia del Tribunal en sentido contrario¹²³.

Aunque en la Constitución Federal alemana (CF) no hay una regulación de la oposición, el constitucionalismo estatal alemán sí brinda magníficos y diferentes ejemplos de

¹¹⁸ Vid., BverGE 10, 4(18)

¹¹⁹ Vid., BverFGE 1, 44 (151) y 10, 4 (49).

¹²⁰ Vid., BverfGE 24, 300 (348)

¹²¹ Vid., [BverfGE 2, 143 (170)]

¹²² Vid., BverfGE 8, 51 (63)

¹²³ Vid., [BverfGE 12, 296 (304)]

reconocimiento de la oposición usando diferentes fórmulas¹²⁴. Es en uno de sus Estados federales, concretamente Sajonia-Anhalt, donde se produjo una resolución judicial sumamente interesante: su Tribunal Constitucional tuvo que declarar, interpretando el art. 48.2 de la Constitución del *Land*, que “tolerar” la acción del gobierno no significa, “apoyarlo” en el sentido del citado precepto, pues ello requiere un acuerdo similar al de coalición. Pertenecer a la “oposición como institución”¹²⁵ no significa –afirma el Tribunal– que no se pueda participar, por ejemplo, de un presupuesto o elaboración de la ley. La importancia de esta cuestión residía (razón en la que fundaban el otro gran partido de oposición su demanda) en los privilegios que la legislación concede a la oposición.

En Francia, la Ley Constitucional 2008-724 introdujo, por remisión a los reglamentos parlamentarios, una mención a la oposición en el art. 51-1 de la Constitución, que establece: “El reglamento de cada Cámara determinará los derechos de los grupos parlamentarios constituidos dentro de la misma. Reconocerá derechos específicos a los grupos de oposición de la Cámara correspondiente, así como a los grupos minoritarios”. Esta reforma fue adoptada dos años más tarde de que el Consejo Constitucional¹²⁶ declarase inconstitucional una reforma del reglamento de la Asamblea nacional, que agrupaba a los grupos parlamentarios como “mayoría” y “oposición”, confiriendo a los del segundo tipo ciertos derechos específicos (como obtener informes sobre la aplicación de las leyes y la presidencia o relatoría de comisiones de investigación), por considerar que otorgaba un trato desigual injustificado, contrario al art. 4 de la Constitución de 1958. A diferencia de su homónimo alemán, el Consejo Constitucional francés no emplea, ni siquiera tras la reforma, el concepto de oposición, razón por la cual su contribución al Derecho de la oposición en el país galo puede considerarse limitada¹²⁷. Ello no quiere decir que, de algunas resoluciones relativas al derecho de enmienda¹²⁸ reconocido en el art. 44 CF, a la defensa del pluralismo¹²⁹ –también con relación al tiempo de emisión de

¹²⁴ Estas pueden agruparse en tres grandes grupos: a) fórmulas que recogen el derecho a existir de la oposición (Bremen y Sajonia); b) fórmulas de principio (Baviera, Berlin, Brandemburgo, Hamburgo, Schleswig-Holstein, Turingia); c) fórmulas que definen la oposición (Baviera, Mecklemburgo-Antepomerania, Baja-Sajonia, Renania-Palatinado, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Schleswig-Holstein). (Cfr., FOURMONT, A., *L'opposition parlementaire en Droit Constitutionnel*, Paris, 2019, p. 190).

¹²⁵ Vid., LVG 1/96 (70)

¹²⁶ Vid., *Décision* nº 2006-537 DC

¹²⁷ Cfr., FOURMONT, A., *L'opposition...cit.*, pp. 231-234.

¹²⁸ Vid., *Décision* nº 73-49 DC.

¹²⁹ Vid., *Décisions* 81-129 DC; 88-242 DC y 89-271 DC.

los distintos partidos¹³⁰–, y a la exigencia de claridad y sinceridad en el debate parlamentario¹³¹ no se hayan derivado determinados derechos para partidos y parlamentarios que supongan especialmente un beneficio para los de la oposición.

VIII. LA OPOSICIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre la oposición adopta una posición intermedia respecto de sus homónimos francés y alemán, en un país, además, donde al igual que en Alemania la Constitución tampoco recoge un estatuto jurídico expreso de la oposición –aunque este pueda inferirse, fundamentalmente, de la ingeniería ideal del parlamentarismo que contienen los Títulos III, IV y V de la norma fundamental¹³², y también de algún precepto fuera de ellos como el art. 6, o el art. 162.1. “a”–.

Nunca ha llegado a configurar, a diferencia del Tribunal germano, un auténtico “Derecho de la oposición”, pero sí ha establecido, en una resolución referida al ámbito municipal pero que puede ser extrapolada al parlamentario, que “es claro, en efecto, que la inclusión del pluralismo político como un valor jurídico fundamental (art. 1.1 CE) y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo, cauces para la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos (art. 6), dotan de relevancia jurídica (y no sólo política) a la adscripción política de los representantes y que, en consecuencia, esa adscripción no puede ser ignorada, ni por las normas infraconstitucionales que regulen la estructura interna del órgano en el que tales representantes se integran, ni por el órgano mismo, en las decisiones que adopte en ejercicio de la facultad de organización que es consecuencia de su autonomía. Estas decisiones, que son, por definición, decisiones de la mayoría, no pueden ignorar lo que (sic) en este momento, sin mayor precisión, podemos llamar derechos de las minorías”¹³³, estableciendo que la composición de aquellas comisiones que forman parte del pleno deben tener una composición proporcional.

¹³⁰ Vid., *Décision* 2017-651 QPC.

¹³¹ Vid., *Décisions* 2005-512 DC; 2009-581 DC y 2018-775 DC.

¹³² Cfr., LÓPEZ AGUILAR, J-F., *La oposición parlamentaria y el orden constitucional*, Madrid, 1988, p. 169.

¹³³ STC 32/1985, F.J. 2º.

A principios de los años ochenta, el Tribunal Constitucional adoptó la, muy criticable desde el punto de vista de la protección de las minorías políticas, doctrina de los *interna corporis acta*¹³⁴, pero a partir de la segunda mitad de esta década comienza el abandono de dicha doctrina¹³⁵, que quedará completamente abandonada, sobre todo, a partir de la STC 161/1988, cuando el Tribunal aplique a las cortes generales y los parlamentos autonómicos la doctrina que ya había aplicado al ámbito municipal. El supremo custodio constitucional construirá, a partir de este momento, toda una teoría de la representación¹³⁶ estableciendo una íntima conexión entre los dos apartados del art. 23 CE, indicando, por un lado, que el derecho de acceso (*ius ad officium*) que recoge el segundo apartado de dicho precepto incorpora, también, como “garantía añadida”, el derecho de los parlamentarios y de los grupos en que se integran a ejercer sus funciones en condiciones de igualdad y dentro de la legalidad parlamentaria (*ius in officium*), sin el cual el primero quedaría completamente desvirtuado; y, por otro lado, la estrecha conexión existente entre esta “garantía añadida” del art. 23.2 CE y el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes reconocido en el art. 23.1 CE¹³⁷.

Con estas premisas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de garantía de la igual posición de todos/as los/las miembros del parlamento sostendrá, como tesis, que la infracción de los reglamentos supone una violación del apartado segundo (en conexión con el primero) del art. 23 CE revisable en amparo. De este modo, el TC ha reconocido como parte del *ius in officium*: a) derecho a formar grupo parlamentario¹³⁸, incluso aceptando como uso parlamentario la posibilidad de “senadores prestados”¹³⁹; b)

¹³⁴ Al respecto: ATC 183/1984.

¹³⁵ En el ATC 12/1986 ya se anotaba la posibilidad de revisar actos que vulnerasen el art. 23 CE.

¹³⁶ Cfr., MARTÍN NÚÑEZ, E., “La garantía jurídica de la democracia como derecho fundamental. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la participación política”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 37, 2008, p. 4.

¹³⁷ STC 39/2008, F.J. 5º.

¹³⁸ Vid., STC 64/2002.

¹³⁹ Vid., STC 76/2017.

el derecho a formular preguntas¹⁴⁰; c) interpelaciones¹⁴¹; d) mociones¹⁴²; e) enmiendas¹⁴³; f) derecho a presentar proposiciones de ley¹⁴⁴; g) proposiciones no de ley¹⁴⁵; h) derecho a recabar información¹⁴⁶ i) a proponer comparecencias¹⁴⁷; y, j) la facultad de pedir dictámenes¹⁴⁸. Esta es una lista completa pero no exhaustiva, ya que, en toda esta jurisprudencia, el TC reitera que el derecho del art. 23.2 CE es de configuración legal, por lo que cualquier derecho esencial a la función parlamentaria que recojan los reglamentos, una vez establecidos, forman parte de este derecho: así, por ejemplo, en la STC 227/2004, consideró vulnerado este derecho por la disolución anticipada (no prevista reglamentariamente, y para las que la Presidencia dictó normas supletorias) de una comisión de investigación.

Todo esto provoca una cierta conversión del recurso de amparo del art. 42 LOTC en un recurso contencioso-parlamentario¹⁴⁹, cuando cabían formas, ciertamente más activistas, pero más coherentes con la teoría democrática y la función política del Tribunal, de fundamentar la decisión. Si el Tribunal derivase de ciertos preceptos constitucionales¹⁵⁰ derechos de la oposición, produciría, seguramente, fallos más convincentes. Por ejemplo, en la STC 78/2016, hubiese sido mucho más acorde con los principios democráticos establecer –como el TEDH en el caso *Karácsony y otros c. Hungría* en un caso similar–

¹⁴⁰ Vid., STC 107/2001. El TC ampara a los diputados contra inadmisiones de la Mesa sin base en la legalidad parlamentaria, no cuando, una pregunta tramitada es respondida de modo supuestamente insatisfactorio (STC 220/1991 FJ 5º), o cuando la inadmisión está basada en una interpretación de la Constitución y los Reglamentos por parte de la Mesa que no sea manifiestamente irrazonable (ATC 125/2005).

¹⁴¹ Vid., STC 225/1992.

¹⁴² Vid., STC 205/1990.

¹⁴³ Vid., STC 23/1990.

¹⁴⁴ Vid., SSTC 95/1994, 124/1995, 38/1999 y 242/2006. Esta sentencia tiene la particularidad de que la inadmisión de una proposición por parte de la Mesa, no se produce, como en los anteriores, por entender que carece de contenido normativo o es inconstitucional o antiestatutaria, sino porque el Gobierno hizo uso de su veto presupuestario. Aunque aquí se deniega el amparo, el TC también ha avalado la inadmisión por la Mesa del veto presupuestario del Gobierno por considerarlo inmotivado (SSTC 34/2018 y 44/2018). Fue durante la larga interinidad gubernamental que se produjo en la brevísima XI legislatura e inicios de la XII, que reflejaba la debilidad de la mayoría minoritaria (Vid., DELGADO RAMOS, D. *Problemas actuales de Derecho Parlamentario*, Pamplona, 2018, p. 143) que constituía el gobierno.

¹⁴⁵ Vid., SSTC 40/2003 y 78/2006.

¹⁴⁶ Vid., SSTC 161/1988 y 203/2001.

¹⁴⁷ Vid., SSTC 177/2002 y 208/2003.

¹⁴⁸ Vid., SSTC 114/2017 y 10/2018.

¹⁴⁹ Vid., VP de Jorge Rodríguez Zapata a la STC 227/2004.

¹⁵⁰ Arts. 1.1, 6, 16.1, 20.1.a, y 71 CE.

que la sanción a una diputada había vulnerado su derecho a la libertad de expresión, o – según se sostiene en estas páginas– a hacer oposición, en lugar de fallar, como en este caso, que se reconoce el derecho “a no ser sancionada por acciones que no constituyen infracción parlamentaria subsumible en el art. 33 del Reglamento de la Asamblea de Madrid”. Sin perjuicio de la importancia de esta jurisprudencia en lo que a protección de los diputados pertenecientes a las minorías parlamentarias se refiere, lo más criticable de la misma es que, no hablando nunca concretamente –como lo hace el TCF alemán– de oposición, tampoco desarrolla de un modo más decidido, relacionándola con el principio democrático, esa expresión de “derechos de las minorías” que, en la citada sentencia 32/1985, como él mismo reconoce, solo mencionaba de forma imprecisa¹⁵¹.

Si el Tribunal comprendiese que “la legitimidad del poder democrático no se puede acreditar desde sí mismo, sino desde la existencia y la operatividad a nivel real de la oposición”¹⁵², lo de menos sería, efectivamente, que en lugar de utilizar el término “oposición” utilizase el de “minoría política”. Es más, ello podría ser visto positivamente, pues el segundo parece un concepto más incluyente, dado que en países como, por ejemplo, Gran Bretaña, únicamente tiene la consideración de *Her Majesty’s Loyal Opposition* el partido minoritario con mayor fuerza numérica, siendo el *Speaker* quien decide en caso de controversia. Pero, en la jurisprudencia desarrollada a partir de la mitad de la década de los ochenta que se acaba de exponer, lo que el Tribunal Constitucional hace es configurar una especie de estatuto del parlamentario¹⁵³ que, efectivamente, en la práctica ha servido para proteger derechos de minorías que, en algunos casos –como fue el de Cataluña con las leyes de referéndum y desconexión– estaban siendo manifiestamente socavadas por la mayoría¹⁵⁴. Lo hace desde la idea de una igualdad meramente formal, presumiendo, respecto de todos ellos, de un modo que –tal y como se viene sosteniendo en estas páginas– no se corresponde demasiado con la realidad, las mismas funciones de legislación y control al gobierno, considerando amparables tan solo las perturbaciones en el *ius in officium* que pudieran poner a unos representantes políticos

¹⁵¹ Incluso en sentencias posteriores, como la 114 y 124/2017 donde el Tribunal afirma (F.J 6º) que ciertas quiebras del procedimiento parlamentario violaron los derechos de las minorías, no hay un desarrollo de este concepto.

¹⁵² Cfr., DE VEGA, P., *Obras...cit.*, p. 488.

¹⁵³ Cfr., GÓMEZ CORONA, E., “El control...” cit., p. 366.

¹⁵⁴ SSTC 114 y 124/2017.

en situación de inferioridad frente a otros¹⁵⁵, sin derivar, por vía jurisprudencial, ningún derecho específico de la oposición y dejando, en consecuencia –como demuestra el importante número de inadmisiones de los amparos citados en el párrafo anterior– un amplísimo margen a la Mesa del Congreso, que en un régimen parlamentario como el nuestro, normalmente, salvo rarísima ocasiones¹⁵⁶, beneficia a la mayoría parlamentaria y gubernamental.

IX. BREVE REFERENCIA A LA OPOSICIÓN GENERAL

Hasta aquí se ha abordado, fundamentalmente, el tema de la oposición parlamentaria. Ahora bien, evidentemente, aunque es la que más se relaciona con la justicia constitucional, está claro que la problemática de la oposición no se agota únicamente con el análisis de este tipo. La misma Comisión de Venecia, en la Opinión nº 845/2016, de 24 de junio de 2019 [CDL-AD(2019)015], citada anteriormente, distingue entre la oposición política parlamentaria y la oposición política en general. Se trata de un término muy apropiado, mucho mejor que otros como “oposición extraparlamentaria”¹⁵⁷, pues refleja mucho mejor la realidad de los regímenes políticos actuales, caracterizados por la capacidad de bloqueo de la que disponen determinados actores¹⁵⁸. Puede que, en el pasado, determinados movimientos como, por ejemplo, el estudiantil, no pudieran ser considerados verdaderamente como “oposición”¹⁵⁹, pero esto hoy ha cambiado¹⁶⁰, y tampoco nadie negará la existencia de otros verdaderos actores que ejercen auténtica oposición (por ejemplo, lobbies, grupos de presión, etc.) que, precisamente, porque actúan como tal, merecerían ser mejor regulados¹⁶¹.

¹⁵⁵ Vid., por todas, STC 141/2007, F.J. 5º.

¹⁵⁶ Vid., *supra*, nota 74.

¹⁵⁷ Con este nombre fueron bautizados movimientos surgidos en los años sesenta en Alemania. El volumen “*Kursbuch*”: *l’opposizione extraparlamentare*, editado en italiano por Giorgio Backhaus, recogiendo las más relevantes aportaciones de la revista fundada por Hans Magnus Enzensberger en 1965, da buena nota de dichas corrientes intelectuales.

¹⁵⁸ Cfr., ROSANVALLON, P., *La contrademocracia...*, cit, p. 28.

¹⁵⁹ Cfr., TIerno GALVÁN, E., *Obras completas*, Tomo V, Pamplona, 2009, p. 454 y DE VEGA, P., *Obras...*, cit., p. 493.

¹⁶⁰ Por ejemplo, en Chile, a partir de 2011 el movimiento estudiantil abandonó una postura de mera negación para adoptar posiciones propositivas que buscan una trazar la senda del escenario educativo en términos financieros y políticos (vid., RIFO, M., “Movimiento estudiantil, sistema educativo y crisis política actual en Chile”, *Revista Latinoamericana* vol. 12, nº 36, 2013, p. 226).

¹⁶¹ Sobre esta cuestión, especialmente interesante resulta la propuesta de Ángel Garrorena (Cfr., GARRORENA MORALES, A., *Escritos sobre la democracia. La democracia y la crisis de la democracia representativa*, Madrid, 2014, pp. 201-204).

Incluso hay constituciones donde los ciudadanos pueden ejercer, individual o colectivamente, acciones de constitucionalidad¹⁶². Es algo muy excepcional pero, en cualquier caso, está claro que, porque en una democracia representativa los ciudadanos tienen –y por más que los mecanismos de representación primen sobre los de participación directa¹⁶³– también, el derecho a participar directamente (art. 23.1 CE), estos pueden, sin mediación de representante alguno, realizar una crítica a las instituciones y/o al gobierno, pues la doctrina según la cual España no responde a un modelo de democracia militante aplica también al ámbito extraparlamentario, donde “el valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas”¹⁶⁴. Frente a vulneraciones de estos derechos cabe interponer recurso de amparo, pero ello no significa que se amparen todo tipo de expresiones, pues “la libertad de expresión no es (...) un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional”, quedando excluidos tanto los insultos como las expresiones de odio¹⁶⁵. El Tribunal Constitucional reconoce, como no podía ser de otro modo, que “desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar no son más que reflejo de la participación política de los ciudadanos y son inmunes a restricciones por parte del poder público”. Sin embargo, y de modo análogo a su doctrina sobre partidos políticos, establece una serie de límites, pues “esa inmunidad no resulta predicable cuando lo expresado, aun de forma simbólica, solamente trasluce ultraje o vejación”¹⁶⁶. Es

¹⁶² El art. 203.1.5 de la Constitución de Perú otorga esta facultad a 5000 ciudadanos, y el art. 439 de la Constitución de Ecuador establece que “Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”. Otras, como la de Polonia (art. 191), no recoge la acción popular, pero junto con otros sujetos más habitualmente legitimados para recurrir la constitucionalidad de las leyes menciona a los sindicatos, órganos representativos de las categorías económicas y organizaciones religiosas.

¹⁶³ Vid., STC 76/1994, F.J. 3º.

¹⁶⁴ STC 235/2007, F.J. 4º

¹⁶⁵ Vid., STC 177/2015, F.J. 2º.

¹⁶⁶ F. J. 3º.

constitucionalmente legítimo, por tanto, el reproche penal de este tipo de conductas, como también estableció la STC 190/2020.

X. CONCLUSIONES

Las democracias pluralistas actuales pivotan sobre la dialéctica mayoría de gobierno y minoría de oposición, dinámica que ha venido, en gran medida, a sustituir la clásica doctrina de la separación de poderes. Consecuencia de ello, resulta necesario un cambio de perspectiva, de modo que la legitimidad democrática no se base en la idea de gobierno de la mayoría, sino en la garantía de un estatus jurídico, tanto de la oposición parlamentaria como de la oposición general, única forma, en los regímenes políticos actuales, de establecer límites al poder. El derecho a criticar la acción de gobierno requiere un amplio reconocimiento de determinadas libertades, especialmente de expresión, asociación y participación en los asuntos públicos.

La justicia constitucional adquiere, así las cosas, un papel trascendental: en primer lugar, como instrumento de la oposición para garantizar sus derechos, no solo por la posibilidad de una eventual declaración de inconstitucionalidad de una ley lesiva contraria a la Constitución sino, también, por garantizar su estatus parlamentario en el funcionamiento ordinario de las Cámaras; en segundo lugar, por dotar al sistema de una mayor racionalidad y grado de reflexión dentro de una correcta concepción de democracia deliberativa.

La jurisprudencia del TC español responde solo parcialmente a estos principios: por un lado, es posible hablar de una auténtica construcción jurisprudencial del estatus jurídico de los parlamentarios mediante un alto número de resoluciones en los que se ha confrontado la actuación de los órganos rectores y la normativa del parlamento con el derecho de participación recogido en el art. 23 CE; por otro lado, ha garantizado, estableciendo como único límite el respeto a los procedimientos democráticos, un alto grado de libertad de creación y funcionamiento de partidos políticos así como un alto grado de libertad de expresión, derivada del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos. Sin embargo, y en ausencia de un estatuto constitucional expreso de la oposición como el adoptado en Portugal y Francia, la posición de las minorías en el ordenamiento constitucional, y con ello nuestra calidad democrática mejoraría si el TC, al igual que su homólogo alemán, diese el paso de crear un auténtico Derecho de la oposición que incluyese derechos específicos.

Asimismo, resultaría igualmente conveniente, en primer lugar, legitimar activamente, también como en Alemania, en los conflictos entre órganos constitucionales a los grupos parlamentarios o a determinadas facciones de las cámaras, pues, aunque el recurso de inconstitucionalidad y de amparo han servido en España para garantizar los derechos de la oposición, no son, como el *organstreitverfahren* alemán, un recurso específicamente pensado para las minorías políticas. En segundo lugar, legitimar también a las minorías autonómicas para interponer el recurso de inconstitucionalidad, al menos, de las disposiciones autonómicas: la razón es que, si la oposición parlamentaria ha de gozar de derechos específicos, parece también razonable que cuente con un procedimiento ante el TC específicamente pensado para esta.

Aunque en las sociedades modernas distintos actores gozan de posibilidades de bloqueo, es muy excepcional que estos o los ciudadanos individual o colectivamente considerados estén legitimados para interponer recursos de inconstitucionalidad. A través del amparo – allí donde este proceso constitucional existe– pueden defender su derecho a crítica, siempre sujeta a límites (insultos, vejaciones, discurso de odio, etc.).

BIBLIOGRAFÍA

ALZAGA VILLAAMIL, O., *Sociedad democrática y Constitución (estudios y cabos sueltos)*, Madrid, 2018.

ARAGÓN REYES, M., “La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, 2009, pp. 11-43.

BAAMONDE GÓMEZ, L., *La magistratura constitucional en España e Italia. Selección, aspectos temporales del mandato y estatuto jurídico*, Madrid, 2019.

BACKHAUS, G., “*Kursbuch*”: *l’opposizione extraparlamentare*, Milano, 1969.

BELL, D., *El fin de las ideologías. Sobre el agotamiento de las ideas políticas en los años cincuenta*, Madrid, 1992.

BELLAMY, R., *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2007.

BICKEL, A-M., *The least dangerous branch. The supreme court at the bar of politics*, 2^a edition. New Haven and London, 1986.

BURDEAU, G., *La democracia*, Santiago de Chile, 2019.

CAPPELLETTI, M., *La jurisdicción constitucional de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austríaco*, Lima, 2010.

CARRE DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, México, 1998.

CASCAJO CASTRO, J-L., “La figura del voto en la justicia constitucional española”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 17, 1986, pp. 171-188.

DE OTTO, I., *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, 1985.

DELGADO RAMOS, D. *Problemas actuales de Derecho Parlamentario*, Pamplona, 2018.

DE VEGA, P. *Obras escogidas*, Madrid, 2017.

DUVERGER, M., *La monarquía republicana*, Barcelona, 1974.

FAVOREAU, L. *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, 1994.

FERNÁNDEZ CASADEVANTE MAYORDOMO, P., “La prohibición de partidos políticos en Alemania. Del nuevo criterio de la potencialidad y la reciente reforma constitucional para la no financiación de formaciones antidemocráticas pero constitucionales”, *Revista de Derecho Político*, 112, 2018, pp. 235-273.

FERNANDEZ-FONTECHA TORRES, M., *Teoría y jurisprudencia parlamentaria. Un estudio de teoría y jurisprudencia constitucional sobre el parlamento*, Madrid, 2012.

FRIEDMAN, B. “Constitucionalismo popular mediado”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 6-1, 2005.

FONDEVILA MARÓN, M., *La reforma constitucional en España. Un ensayo de Derecho Constitucional como ciencia teórico-práctica*, A Coruña, 2016.

FOURMONT, A., *L'opposition parlementaire en Droit Constitutionnel*, Paris, 2019

FRIEDRICH, C-J., *La Democracia como forma política y como forma de vida.*, Santiago de Chile, 2020.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Navarra, 2006.

GARRORENA MORALES, A., *Escritos sobre la democracia. La democracia y la crisis de la democracia representativa*, Madrid, 2014.

GÓMEZ CORONA, E., “El control parlamentario en la jurisprudencia constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 19, 2007, pp. 365-396.

GRAMSCI, A., *Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado moderno*, Buenos Aires, 1972.

HELLER, H., *Europa y el fascismo*, Granada, 2006.

JELLINEK, G., *Una Corte costituzionale per l’Austria*, Torino, 2013.

KRAMER, L-D., *The people temselves. Popular constitutionalism and judicial review*, New York, 2005.

KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia. Forma de estado y filosofía*, México, 2015.

KELSEN, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, 2011, pp. 249-300.

LAMBERT, E., *El gobierno de los jueces*, Madrid, 2010.

LANDA, C., *Tribunal Constitucional y Estado de Derecho*, Lima, 1999.

LEIBHOLZ, G., *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Santiago de Chile, 2019.

LÓPEZ AGUILAR, J-F., *La oposición parlamentaria y el orden constitucional*, Madrid, 1988.

LÓPEZ GUERRA, L., “Los retos al tribunal constitucional español, desde la perspectiva del «constitucionalismo político»” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25-1, pp. 11-34.

LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho Político*, Volumen IV, Madrid, 1984.

MARTÍN NÚÑEZ, E., “La garantía jurídica de la democracia como derecho fundamental. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la participación política”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 37, 2008, pp. 1-14.

MATHIOT, A., *The British Political System*, London, 2018.

MEZZETTI, L., *Giustizia Costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Rimini, 1992.

MICHELS, R., *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la Democracia moderna*, Buenos Aires, 2017.

MONTILLA MARTOS, J-A., *Minoría política y tribunal constitucional*, Madrid, 2002.

NIETO JIMÉNEZ, J-C., “Los derechos de las minorías parlamentarias en el procedimiento legislativo. Análisis del *ius in officium* en la tramitación de las «leyes de desconexión» de Cataluña”. *Estudios de Deusto*, 67/1, 2019, pp. 291-314.

PASQUINO, G., *La oposición*, Madrid, 1998.

PEGORARO, L., “Para una clasificación dúctil de la Democracia militante”, *Revista vasca de Administración Pública*, 96, 2013, pp. 193-225.

PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político*, Madrid, 1976.

PÉREZ TREMPES., P., “La admisión en los procesos constitucionales. Consideraciones de Derecho comparado”, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan Jose Ruiz Rico*, II, Madrid, 1997, pp. 1381-1393.

PRESNO LINERA, M-A., *Los partidos políticos y las distorsiones de las Democracia*, Madrid, 2000.

PEGORARO, L y RINELLA, A. *Derecho constitucional comparado, 4. Sistemas de justicia constitucional*, Buenos Aires, 2020.

REQUEJO RODRIGUEZ, P., “La protección de las minorías parlamentarias ante la jurisdicción constitucional”, *Debates Constitucionales*, 1, 1999, pp. 1-32.

RIFO, M., “Movimiento estudiantil, sistema educativo y crisis política actual en Chile”, *Revista Latinoamericana* vol. 12, nº 36, 2013, pp. 223-240.

ROSANVALLON, P., *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza.*, Buenos Aires, 2007.

ROSANVALLON, P., *La legitimidad democrática. Imparcialidad, flexibilidad y proximidad*, Barcelona, 2010.

ROUSSEAU, D., *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, 2002.

RUBIO LLORENTE, F., *La forma de poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1997.

RUBIO LLORENTE, F., “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, RUBIO LLORENTE, F. y JIMÉNEZ CAMPO, J., *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998, pp. 155-173.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J., “La constitución y su estudio. Un episodio en la forja del derecho constitucional europeo: método jurídico y régimen político en la llamada teoría constitucional de Weimar”, en LEÓN BASTOS, C Y WONG MERAZ, V-A., *Teoría de la Constitución. Estudios jurídicos en homenaje al doctor Jorge Carpizo en Madrid*, México, 2010, pp. 681-911.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *La protección constitucional de la autonomía*, Madrid, 1994.

SAGÜES, N-P., “Tras las Huellas de Hans Kelsen: A Cien Años de la Primera Corte Constitucional y Ochenta de la Primera Sala Constitucional”, *Parlamento y Constitución*, 21, 2020, pp. 179-204.

SANTAMARÍA IBEAS, J-J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, Madrid, 1997.

SCHMITT, C Y KELSEN, H., *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, 2009.

STERN, K., *Jurisdicción constitucional y legislador*, Madrid, 2009.

TENORIO SÁNCHEZ, P., ¿“Qué fue del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional?” *Revista de Derecho Político*, 101, 2018, pp. 703-740.

TIERNO GALVÁN, E., *Obras completas*, Tomo V, Pamplona, 2009.

TUSSEAU, G., *Para acabar con los «modelos» de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, México, 2011.

TRIEPEL, H., *La Constitución y los partidos políticos*, Madrid, 2015.

WALDRON, J., *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los Tribunales*, Buenos Aires, 2018.

ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Madrid, 2011.

ZAGREBELSKY, G., *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, 2005.